



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 019 2019 00419 01
DEMANDANTE:	YACQUELINE PUERTO MATEUS
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el 9 de febrero de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, y que la única afiliación válida es la efectuada al extinto ISS, hoy Colpensiones; en consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los valores que obren en su cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo y reajustes respectivos, más los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 (págs. 2, 3 arch. 1.3 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de noviembre de 1961, cotizó al extinto ISS desde el 28 de junio de 1990 un total de 286.86 semanas; el 8 de febrero de 1996 se trasladó a Porvenir SA, sin recibir asesoría alguna acerca de las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen o información acerca de las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS o de la posibilidad de retornar al RPMPD, ni que la redención normal de su bono pensional sería cuando cumpliera los 60 años de edad, tampoco la diferencia en la distribución de las cotizaciones del RAIS, ni se le entregó el reglamento de funcionamiento respectivo, por ende, su vinculación al RAIS no estuvo precedida de la comprensión suficiente y no tuvo un consentimiento real para adoptar la decisión; ha cotizado en el RAIS 1157 semanas, por tanto completa a lo largo de su vida laboral un total de 1443 semanas; el 12 de abril de 2019 solicitó a Colpensiones aceptar el traslado de los aportes del RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negada la solicitud el día 26 del mismo mes y año (págs. 3-4 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 25 de junio de 2019, la demanda fue admitida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 1.6 C01) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (archs. 1.9, 1.16 *ídem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (archs. 1.13, 1.16 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 7 arch. 1.7 *ídem*).

Mediante providencia del 10 de marzo de 2022 el expediente fue remitido a descongestión en cumplimiento de lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA22-11918 y CSJBTA22-15 ambos de 2022 y proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura y su Seccional de Bogotá DC, respectivamente (arch. 1.25 C01), por lo que en auto del 30 de marzo de 2022 el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, avocó conocimiento (arch. 2 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 20 de abril de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante el 8 de febrero de 1996 del RPMPD al RAIS, a través de la AFP Porvenir SA; condenó a dicho fondo a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración; condenó a Colpensiones, a recibir tales emolumentos sin reparo, reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y actualizar su historia laboral; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Porvenir SA.

Para lo que interesa a la alzada, consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, las AFP no corrieron con la carga probatoria necesaria para acreditar que brindaron una información concreta y precisa a la afiliada, respecto a las características del régimen al que se pretendía afiliarse, y del materia probatorio allegado no se puede establecer que el asesor cumplió con el deber legal de brindar una información clara, completa, específica y suficiente tendiente a ilustrar en debida forma a la demandante, por ende, no es viable concluir que la decisión obedeció a un consentimiento informado. Finalmente adujo que la acción no se encuentra prescrita, porque tal situación se encuentra íntimamente ligada con la construcción de un beneficio pensional (arch. 14 *idem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones argumentó que no se vulneró el derecho a la libre escogencia de la afiliada, quien no hizo uso de la posibilidad de trasladarse entre regímenes pensionales cada 5 años para poder reintegrarse al RPMPD antes de que le faltaran 10 años para adquirir su derecho pensional; se debe tener en cuenta que si bien la demandante se basa únicamente en la diferencia de la mesada pensional que podría obtener en su fondo de pensiones respecto de la que le hubiera podido corresponder de no haberse trasladado, lo cierto es que, el error de derecho no vicia el consentimiento, aunado a que en este caso, se vio que la demandante de manera libre y voluntaria escogió el RAIS al firmar el formulario de vinculación respectivo, momento para el cual se cumplió con la normativa vigente para la época como lo es la Circular Eterna 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera y el Decreto 692 de 1994, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa para asumir las consecuencias frente a ello; de confirmarse la decisión se vulnera el principio de sostenibilidad financiera, por aceptar a una persona que duró más de 25 años sin aportar a Colpensiones, quien eventualmente ve perjudicados sus intereses económicos ante una eventual pensión que deba reconocerse en el futuro.

Porvenir SA argumentó que con la decisión, tomada se afectan la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, desconocer que el traslado efectuado de RPMPD a RAIS se realizó de manera libre y voluntaria tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir SA, con el cumplimiento de las normas que para la época se encontraban vigentes y que no fue tachado de falso, por tanto, se le informó a la demandante de manera oportuna, clara y veraz, las características de la funcionalidad del RAIS, sin que se le pueda exigir al fondo, el cumplimiento de obligaciones que surgieron legalmente con posterioridad a través de las Leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014; la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de no poderse trasladar de régimen si le faltan 10 años o menos para el cumplimiento de la edad pensional, además nunca se interesó por investigar su situación pensional.

Agregó que no existe un motivo válido para devolver los gastos de administración, en la medida en que no forman parte del capital ni de los rendimientos recaudados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a que son obligaciones de tracto sucesivo y tienen especial autorización de descuento con base en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, ante la buena gestión que realizó el fondo como administrador de tales recursos, porque de otra manera

no se hubieran obtenido rendimientos; de acceder a ello, se incurre en un enriquecimiento sin justa causa porque no entrarán a financiar la eventual mesada pensional y en todo caso, respecto de tales sumas se deberá aplicar la prescripción.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

Las demandadas presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y los recursos (archs. 5, 6 C02). La demandante guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando 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, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 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 de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC 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, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de noviembre de 1961 (págs. 5 arch. 1.4, arch. 8, pág. 49, 53 arch. 13 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 28 de junio de 1990 y el 30 de junio de 1995, 252.57 semanas (arch. 8); **iii)** el 8 de febrero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1° de marzo de 1996 (págs. 4, 6, 58 arch. 13), administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1503 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 4 de noviembre de 2020 (págs. 6-10 arch. 1.4, págs. 7-42, 69-90 arch. 13)

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1° del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.° del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *‘preimpresa’* en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando

se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir**, el 8 de febrero de 1996 y si bien en el formulario de vinculación n.º 681099 (págs. 6, 58 arch. 13) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 8 de febrero de 1996 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1° de marzo de 1996 (págs. 6, 58 arch. 13).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, *recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En los anteriores términos quedan estudiadas las apelaciones y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ejsx1qT74FZKoNz_S3GH1xEBQOYMkcXy2vSqD_26sv_8Tg?e=xO3v0f](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ejsx1qT74FZKoNz_S3GH1xEBQOYMkcXy2vSqD_26sv_8Tg?e=xO3v0f)

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: **9cfbc98098a1fae8c38cd2d728c35f3e82068c57f66af00eb20f7d7fc8c81f48**

Documento generado en 10/04/2023 04:52:48 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 Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 032 2021 00195 01
DEMANDANTE:	ÓSCAR GÓMEZ DÍAZ
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, por Porvenir SA y Colpensiones surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad, en subsidio la ineficacia, del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, efectuado el 30 de marzo del año 2000, así como de la afiliación llevada a cabo por medio de Porvenir el 30 de abril de 2003, y que la única afiliación válida es la que tuvo lugar en el RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, se condene a Colfondos SA y a Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y

comisiones y a pagar los daños representados en perjuicios materiales, expresados a su vez en el lucro cesante consolidado y futuro, y a la última entidad a tenerlo como afiliado sin solución de continuidad.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 1º de mayo de 1957; que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el ISS; que en el año 2000, los asesores de Colfondos se acercaron a las instalaciones de su empleador y brindaron información tendiente a desprestigiar al Instituto de Seguros Sociales, que le dijeron que en el RAIS podría pensionarse en cualquier tiempo, sin advertir el capital que debía acumular, por lo cual, el 30 de marzo de 2000 suscribió el formulario de afiliación a ese fondo; que en el año 2003, se afilió a la AFP Porvenir; y que, presentó reclamo ante las demandadas (págs. 2 a 31, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previo subsanación, mediante auto del 9 de agosto de 2021, la demanda se admitió, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4) y en proveído del 14 de enero de 2022, se tuvo por contestada (arch. 10).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) (págs. 2 a 36, arch. 6).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2 a 31, arch. 8).

Colfondos contestó con oposición a lo pretendido y para ello excepcionó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a Colfondos SA, prescripción de la acción y compensación y pago (págs. 2 a 21, arch. 9)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 8 arch. 5).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 9 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró probada de oficio la excepción de inexistencia del derecho reclamado respecto de la pretensión encaminada al reconocimiento de perjuicios materiales. Así mismo, la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de Colfondos SA, de fecha 30 de marzo de 2000, y su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada Colfondos SA a trasladar con destino a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, respecto de las aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora; a Porvenir SA a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Finalmente, le ordenó a la demandada Colpensiones recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era

menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que Colfondos SA y Porvenir SA no acreditaron haber dado cumplimiento al deber de información atinente a indicarle al afiliado las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen y las consecuencias del acto que se estaba celebrando, pues al plenario únicamente se arrimó el formulario de afiliación el cual no daba cuenta de esa situación, y a su vez, del interrogatorio de parte no se extraía prueba de confesión. Sobre los perjuicios reclamados en la demanda, expuso que no existía prueba que sustentara ese pedimento y que una vez ejecutoriada la sentencia la parte actora podría solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con el retroactivo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** expresó su inconformidad respecto de la absolución de los daños y perjuicios y de las costas del proceso. Sobre el primer punto sostuvo, que el art. 16 de la Ley 446 de 1998, consagra la reparación integral de los daños irrogados, por lo que el juez debe recurrir a todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos conculcados por la AFP Porvenir, pues el gestor tiene acreditadas las condiciones para acceder a la prestación de vejez y debido a que cuenta con 65 años, ya transcurrió el término de prescripción para hacer exigible el mismo, el cual afecta el retroactivo pensional, verificándose además en el cuaderno a cuanto ascendería la mesada a la que tiene derecho por lo que con ello es factible calcular el pedimento negado.

Sobre el segundo tópico, adujo que Colpensiones y Porvenir también debieron ser condenadas al pago de costas procesales, en atención a que fueron vencidas en el juicio tal como lo prevé el art. 365 del CGP.

Porvenir SA argumentó que, para que se torne aplicable la jurisprudencia del tribunal de cierre de esta jurisdicción, se hace necesario que exista similitud en las condiciones fácticas del asunto analizado respecto de los estudiados por esa corporación, sin embargo, en este caso, el traslado de régimen pensional es válido y eficaz, comoquiera que se probó que se llevó a cabo de manera libre, voluntaria, consciente e informada por parte del gestor, con lo cual, se atendieron los lineamientos normativos que estaban vigentes para la época en que se surtió dicho tránsito, ya que aunque desde la expedición de la Ley 100 de

1993 ha existido dicho deber, el mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, que ha hecho que cada vez sea más exigente, por lo que esa administradora no estaba en la obligación de suministrar información al afiliado en los términos establecidos tanto en la demanda, como en el fallo apelado.

Agregó que el formulario de vinculación, no solo denota la aceptación irrefutable del conocimiento que tenía el demandante de las condiciones del RAIS, sino además, de los beneficios que acarreaba el acto que estaba celebrando y que debe imprimirsele valor probatorio, toda vez que por expresa disposición legal era a través de las leyendas preimpresas que se dejaba constancia de la información suministrada, circunstancia que fue ratificada en el interrogatorio de parte. También, anotó que el actor tenía la obligación de indagar sobre las implicaciones que acarreaba el traslado de régimen, más aún porque él era el único conocedor de su situación particular y de sus expectativas pensionales.

Sobre la condena por concepto de gastos de administración, adujo que la misma es inequitativa, al despojarse a ese fondo de unas sumas que fueron causadas por su actividad como administradora durante el tiempo en el que el accionante estuvo afiliado, la cual dio paso a que se originaran rendimientos financieros; aunado a que dicho descuento se encuentra expresamente autorizado en la Ley 100 de 1993, por lo que de admitirse su devolución, sin que exista ningún tipo de compensación da lugar a un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, quien no gestionó los recursos del afiliado. Aludió, que tampoco es procedente la devolución de las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, debido a que las mismas ya no se encuentran en su poder, sino de la compañía aseguradora, y fueron destinadas a financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían.

Añadió, que debe tenerse en cuenta que los recursos en mención no están llamados a financiar la pensión de vejez, y que de confirmarse tal condena, debe entonces aplicarse la figura de la compensación frente a los rendimientos financieros, pues con ellos se cubre la indexación y cualquier valor adicional a su cargo

Colpensiones argumentó que para resolver el asunto se debe recurrir a la limitación temporal establecida en la Ley 797 de 2003, sustentada en el principio

de sostenibilidad financiera del sistema que fue consagrado en el art. 48 de la CN, pues además el gestor no es beneficiario del régimen de transición para que haya lugar a su traslado en cualquier tiempo como lo ha dicho la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos y se encuentra inmerso en la prohibición legal para retornar al RPM; que para el momento del traslado de régimen, el fondo privado solo tenía la obligación de brindar información, por lo que es desmedido exigir que se hubiese realizado una proyección pensional o que se hubiese llevado a cabo una asesoría distinta a la que era impuesta por la normatividad vigente para la época, en aplicación de los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, que imponen el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Arguyó que el demandante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; que no se puede perder de vista que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y las razones invocadas en la demanda dan paso en un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, por lo que debe tenerse válida su vinculación al RAIS, no solo por la voluntad expresada al momento de suscribir el formulario, sino además, por su vocación de permanencia en el régimen privado, el traslado horizontal surtido dentro del mismo, la solicitud de la pensión de vejez que había sido elevada ante Porvenir y lo expresado en el interrogatorio de parte por el gestor en torno a que decidió continuar afiliado a Porvenir porque le ofrecía mayores beneficios, lo cual es prueba de distintos actos de relacionamiento (CSJ SL3752-2020).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación y el recurso (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando 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, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 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 de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC 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, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el

contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria. Finalmente, si hay lugar a disponer la indemnización de perjuicios y si es procedente condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1º de mayo de 1957 (págs. 34 a 35, arch. 1); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 9 de enero de 1978 y el 30 de abril del año 2000 un total de 822 semanas (carp. 7); **iii)** el 30 de marzo del año 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de mayo del año 2000 ((pág. 44 arch. 1 y pág. 75, arch. 8); y, **iv)** el 30 de abril de 2003 se afilió a Porvenir SA con fecha de efectividad a 1º de noviembre de esa anualidad (págs. 63 y 75, arch. 8).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc.

7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘*preimpresa*’ en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información

veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colfondos SA**, el 30 de marzo del año 2000 y luego se afilió a Porvenir SA el 30 de abril de 2003, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la

demandante el 30 de marzo del año 2000 con su afiliación a la AFP Colfondos, efectiva desde el 1º de mayo del año 2000.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como a la AFP Porvenir SA, efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con los bonos pensionales y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

¹ CSJ SL1688-2019.

Indemnización de perjuicios materiales.- La parte demandante procura dicho concepto, con fundamento en lo normado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que dispone que *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”*

No obstante, debe recordarse que para que procedan los mismos, es obligación del reclamante acreditar la existencia de un daño, un hecho generador, un nexo causal entre el hecho y el daño; y además, la culpa de la demandada, y en este asunto se patentiza, que ni en el escrito inicial se precisó en qué consistía el daño supuestamente ocasionado por los fondos privados, así como tampoco se probó la causación del mismo por parte de aquellos, pues lo cierto es que la prescripción que pueda llegar a derivarse respecto del retroactivo pensional al que pueda tener derecho el afiliado en el RPM, con ocasión de su inactividad para solicitar en el trámite administrativo o pretender incluso dentro de las presentes diligencias que se dispusiera el reconocimiento de la prestación de vejez, no es un hecho que sea atribuible a las llamadas a juicio, comoquiera que la disposición de tal derecho y el momento en que se procure su reconocimiento y pago es algo que compete exclusivamente al convocante.

Costas.- En lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, no había lugar a disponer tal rubro frente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a Porvenir SA, en la medida en que esas entidades no tuvieron ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco les era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió. Por lo que sobre el particular también se confirmará la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, los bonos pensionales y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

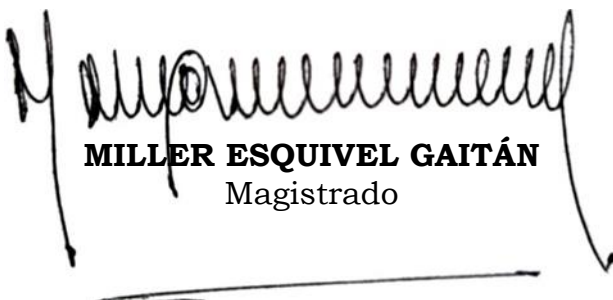
TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmWAWRwz9u1Hu-JV0SVgOvABdTHEvovquWpXFu73tC9JVg?e=pStnCG](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmWAWRwz9u1Hu-JV0SVgOvABdTHEvovquWpXFu73tC9JVg?e=pStnCG)

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: **6f1978e7eae0ba1914e397a69b0a75cd22e08ac88377c1e27aad29f0de68a779**

Documento generado en 10/04/2023 04:52:57 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 Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **013 2017 00227** 01
DEMANDANTE: YOLIMA FABIOLA SÁNCHEZ VERTEL
DEMANDADO: LUIS CARLOS GANDUR JÁCOME

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante respecto de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2022, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el contrato de trabajo a término indefinido que existe con el demandado desde enero de 2008 se encuentra vigente y ha sido continuo porque el despido resulta ineficaz; en consecuencia, que se condene al demandado al pago del auxilio de las cesantías, los intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicio, todas estas acreencias causadas desde enero de 2016 a la fecha de la sentencia que dirima la litis, más los salarios insolutos, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, conceptos estos causados desde septiembre de 2016 hasta la fecha del fallo, las incapacidades n° 5214159 y 5307134 por 60 días en total e indemnizaciones de los arts. 65 y 64 del CST, última que la solicita en forma principal, o en subsidio, la indemnización equivalente a 180 días de salario (f.° 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que laboró con el demandado desde el 25 de enero de 2008 mediante un contrato de trabajo verbal, para desempeñarse como empleada del servicio doméstico en el apartamento 1002 de la torre 3 del interior 1 del Conjunto Altos de la Pradera ubicado en la Calle 168 n° 9 – 71; cumplió horario de lunes a sábado de 8:30 a. m. a 6 p. m.; devengó como salario la suma de \$689.455; informó al demandado que la EPS Famisanar le ha venido incapacitando dada su condición de salud y sin que medie interrupción alguna en la prestación del servicio, y aquel le manifestó que no tiene dónde reubicarla, a pesar de su tratamiento médico y mal estado de salud.

Afirmó que ante el incumplimiento de las obligaciones laborales y pago de las prestaciones sociales, salarios, incapacidades y aportes a seguridad social por parte del demandado, tuvo que presentar el respectivo reclamo; fue despedida sin justa causa por lo que instauró acción de tutela, en la que se le ampararon sus derechos y se le concedió el término de 4 meses para acudir a la justicia ordinaria laboral; fue diagnosticada con síndrome del manguito rotatorio, por lo que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, sin embargo, no le han calificado la pérdida de su capacidad laboral; el demandado no ha dado cumplimiento en lo ordenado mediante fallo de tutela (f.º 3).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 19 de abril de 2017 se admitió amparo de pobreza y la demanda, ordenándose su notificación y traslado al demandado (f.º 47, 48), a quien se le designó curador *ad litem* y fue emplazado debidamente (f.º 66, 72).

El auxiliar de la justicia que representa al demandado, contestó con oposición a lo pretendido a pesar de que no le consta ningún hecho y no propuso ninguna excepción (f.º 70, 71).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 25 de marzo de 2022, declaró probadas de oficio las excepciones de inexistencia del vínculo laboral y cobro de lo no debido, en consecuencia, absolvió al demandado, sin imponer costas a cargo de las partes, tras considerar que no se acreditó la prestación de los servicios de la demandante en favor del demandado, ni los

extremos del desarrollo de la relación laboral que se aducen en la demanda, carga probatoria que le incumbía a la actora, sin que sea suficiente para ello que en forma transitoria se le hubieran protegido los derechos fundamentales mediante una acción de tutela (f.º 90,91).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 19 de mayo de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 2 C02); sin embargo, las partes guardaron silencio (arch. 3 *idem*).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si se dieron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes y si el mismo aún persiste, para posteriormente establecer la viabilidad de las condenas solicitadas.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el art. 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el art. 24 *ibidem*, modificado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, y CSJ SL1420-2018).

Y demostrada la prestación personal del servicio, corresponde al funcionario judicial, con los medios probatorios aportados al proceso, establecer

los extremos temporales en un determinado periodo, y con ello poder calcular los derechos laborales o sociales que le corresponderían al trabajador demandante (CSJ SL111-2018).

Sin embargo, nuestra legislación procesal ha instituido una serie de obligaciones, derechos, facultades y cargas atribuibles a todos aquellos que forman los distintos extremos que componen la relación jurídico-procesal, por lo que de antemano, quien pretenda acudir ante la administración de justicia en calidad de demandante debe conocer como mínimo, las responsabilidades propias de su condición, lo que se hace necesario para imprimir una mayor seriedad, diligencia y presteza en el ejercicio de una acción judicial.

De manera que, no bastaba con que la demandante afirmara en libelo introductor y en su interrogatorio de parte que se desempeñó como empleada del servicio doméstico en favor del demandado, y que por tal motivo tuvo una relación laboral con este desde el 25 de enero de 2008 sin indicar la fecha final del vínculo aparente, sino que debió demostrar en juicio, qué clase de labores diarias desarrolló y por las cuales, presuntamente le pagaban \$689.455 mensuales como lo adujo en los hechos 1º a 9º de la demanda; carga probatoria que corría en cabeza de ella, al tenor de lo dispuesto en los arts. 164 y 167 del CGP, pero que no cumplió, porque no ejecutó ningún acto tendiente a demostrar tales aspectos, tampoco hizo comparecer a los testigos peticionados y decretados en su favor, tanto es así que posteriormente desistió de ellos, y aún cuando la *a quo* insistió en el recaudo de esta prueba testimonial decretándola de oficio luego de reabrir el debate probatorio, tampoco justificó la inasistencia de dichas personas al segundo llamado efectuado por el juzgado para el cumplimiento de este deber (f.º 76-78, 90, 91).

En este punto debe indicarse que no es posible verificar la prestación de los servicios con las manifestaciones elevadas en el interrogatorio de parte, porque el interrogado no puede alegar como prueba su propio dicho, ni construir su propia prueba, la declaración de una parte en el proceso solo puede tenerse como prueba de confesión, en los términos dispuestos en el art. 191 del CGP, es decir, acredita hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, mas no los que se aducen por la misma parte (CSJ SL, 24 jun. 2009 rad. 34839, CSJ SL, 28 ago. 2012 rad. 39595, CSJ SL9149-2017 y CSJ SL969-2019).

A lo anterior, se agrega que no es posible tener como prueba de la presunta prestación personal y continua de sus servicios en favor del demandado, la historia clínica expedida por Colsubsidio, EPS Famisanar Ltda y las Clínicas Eduardo Rangel SAS y a Clínica de Marly, el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Famisar (f.º 24-34, 36-38, 42-44) porque a pesar de que en algunos apartes se etiquetó al demandado como *empleador*, ello no es prueba suficiente de esa circunstancia, porque tales documentos solo evidencian situaciones médicas e incapacidades de la demandante por enfermedad general, según su propia descripción en el momento de la atención.

Tampoco es posible establecer las condiciones en las que aparentemente desarrolló la demandante sus labores, del documento elaborado el 22 de abril de 2015 por la EPS Famisanar y dirigido al demandado, relacionado con un aviso de incumplimiento en el pago de los aportes correspondientes al período de abril de 2015 que reposa a f.º 35, porque además de no contar con firma alguna, sello o membrete en señal de recibido del aparente obligado, en tal documento no se hace mención alguna a que el período reclamado sea registrado en favor de la demandante. Y si bien se aportó una certificación de los aportes registrados por el demandado en nombre de Yolima Fabiola Sánchez Vertel en la EPS Famisanar, así como el estado de cuenta individual por afiliado emitida por la misma EPS, en donde aparece el nombre del demandado Luis Carlos Gandur Jácome como la razón social sobre la cual la demandante tiene aportes al subsistema de salud (f.º 39-41), lo cierto es que, la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido que la afiliación a la seguridad social o el pago de los aportes al sistema, no conlleva necesariamente la existencia de una relación laboral, a menos que existan pruebas de otros hechos contundentes que así lo acrediten (CSJ SL16528-2016), es simplemente un elemento indiciario, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL., 15 mar. 2011 rad. 37067); lo que aquí no ocurre, porque no se probó la ejecución de labores diarias, continuas e ininterrumpidas, ni las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se pudo haber desarrollado la fuerza de trabajo en favor del demandado, como para de allí deducir la activación de la presunción a la que se hizo referencia al inicio.

Finalmente, se precisa que no resulta relevante el fallo de tutela proferido el 6 de diciembre de 2016 por el Juzgado 4º Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá DC dentro del radicado 2016 00016, que declaró de manera transitoria «*la ineficacia de la liquidación final de trabajo 2015 aportada al proceso, no suscrita por la accionante ni por el accionado Luis Carlos*

Gandur Jácome» y le ordenó a este último únicamente pagar los aportes a la seguridad social integral adeudados a nombre de la demandante (f.º 7-23, 81-89), toda vez que, lo indispensable era que en el trámite del proceso ordinario se allegaran todas las pruebas que acreditaran que en efecto Yolima Sánchez prestó servicios a Luis Carlos Gandur, sin que lo establecido en ese trámite expedito, limite la libre apreciación probatoria, con sujeción al debido proceso, pues el juez ordinario de ninguna manera queda obligado a mantener las órdenes emitidas por los jueces constitucionales, dado el carácter transitorio y los efectos inter partes de aquellas (CSJ SL 13 may. 2005 rad. 24310 y CSJ SL13657-2015), de ahí que tampoco pueda afirmarse que, en este caso en específico, se presenta una cosa juzgada constitucional que impida que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional (CSJ SL15882-2017), máxime cuando no se allegó a este juicio como prueba trasladada, el material probatorio tenido en cuenta en aquel trámite constitucional, a pesar de haber sido decretado como prueba oficiosa por la *a quo*.

En consecuencia, ante la total orfandad probatoria, la evidente actitud pasiva y desidia de la demandante en cuanto al cumplimiento de la carga impuesta en los citados arts. 164 y 167 del CGP, el camino a seguir, era absolver al demandado de las súplicas de la demanda, pues no demostró la prestación de los servicios en favor del accionado y tampoco ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de procesos, como por ejemplo el monto del salario, su jornada laboral, los extremos temporales del vínculo que la pudo haber atado con Luis Carlos Gandur (CSJ SL., 6 mar. 2012 rad. 42167), por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, pues por sustracción de materia, resulta inane el estudio relacionado con la ineficacia del presunto despido que se alegó en el libelo introductor como base primordial para la procedencia de las condenas solicitadas.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2022, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpCstGTFXfJHue55dr53wQBvqtf5SjHG_t6KCS_bhre0w?e=x4k7WX](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpCstGTFXfJHue55dr53wQBvqtf5SjHG_t6KCS_bhre0w?e=x4k7WX)

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: **9f6e2f43624a12d3c3f630929ddc3f40c813a78543bdaf26e4e147a6345c7a81**

Documento generado en 10/04/2023 04:52:50 PM

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