



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN. 11001 31 05 **020 2021 00348 01**
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO AVILÉS PATIÑO
DEMANDADO: LA FUNDACIÓN SAN MARTIN

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada, contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2022 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de junio de 2008 y el 29 de julio de 2013, durante el que trabajó tiempo suplementario sin que se le hubiesen pagado las correspondientes horas extras; y que la suma de \$200.000 recibida mensualmente tenía el carácter de salarial. En consecuencia, que se condene a la demandada a pagar las horas extras, dominicales y festivas laboradas, así como a reliquidar las prestaciones sociales y los aportes al sistema de seguridad social causados durante la vigencia del contrato de trabajo, con sus respectivos intereses moratorios (Págs. 69-75 arch. 04 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios a la Fundación Universitaria San Martín desde el 18 de junio de 2008 y el 29 de julio de 2013, mediante un contrato de trabajo a término indefinido,

desempeñándose como vigilante y realizando turnos de 24 horas, sin que se le hubiesen pagado las horas extras, dominicales y festivas. Adujo que su último salario ascendió a la suma de \$1.180.884 y que durante toda la relación laboral se le pagó la suma de \$200.000 bajo el concepto de bonificación, por lo que no fue tenida en cuenta para el pago de prestaciones sociales, ni de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Indicó que presentó renuncia debido al incumplimiento de la demandada, que a la finalización del contrato no se liquidaron y pagaron las prestaciones sociales ni el salario del mes de marzo de 2013, que durante toda la relación laboral no se consignaron los valores correspondientes a auxilios de cesantías, intereses a las cesantía, ni se hizo efectivamente el pago de aportes al Sistema General de Pensiones, por lo que el 15 de julio de 2016, presentó reclamación ante la demandada, quién dio respuesta el 15 de septiembre de 2016 denegando las peticiones incoadas (Pág. 67-69 arch. 04 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 3 de febrero de 2022, ordenando su notificación y traslado a la demandada (arch. 06), quien dio respuesta en término oportuno.

La **Fundación Universitaria San Martín**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que entre las partes existió una relación laboral a término fijo entre el 18 de junio de 2008 y el 01 de agosto de 2013, que en desarrollo de la misma no se laboraron las horas extras alegadas y que por tal razón, no existe prueba de las mismas; señaló también que el auxilio pactado entre las partes correspondió a un pago no constitutivo de salario acordado en los términos del artículo 128 del CST.

Expuso que pagó oportunamente las prestaciones sociales reclamadas, así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social, con base en el salario pactado y que la relación laboral culminó por renuncia voluntaria del demandante. Igualmente arguyó que mediante resolución n.º. 1702 del 10 de febrero de 2015, el Ministerio de Educación dispuso la suspensión de pagos de las obligaciones, por lo que arguyó que le era imposible realizar pagos desde el primer semestre del año 2015.

Formuló las excepciones de inexistencia de las pretensiones con ocasión a la prescripción, buena fe, imposibilidad de pago por motivo de la intervención, cobro de lo no debido y compensación (arch. 08).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia proferida en la misma fecha, 29 de abril de 2022, declaró que entre LUIS EDUARDO AVILES PATIÑO y la FUNDACION SAN MARTIN., existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo cuyos extremos van entre el 18 de junio de 2008 hasta el 29 de julio del año 2013; devengando como último salario la suma de \$1.380.844; condenó a la demandada a cotizar al Sistema General de Pensiones, el porcentaje que corresponda de los aportes, con base en el salario acreditado en juicio como excedente entre el valor consignado y el monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el salario real devengado; y negó las demás pretensiones.

Consideró que no es posible dar por demostrado el trabajo suplementario alegado, toda vez que no se logró establecer un dato preciso que permita realizar un cálculo exacto sobre el número de horas extra o días festivos laborados por el demandante al servicio de la parte demandada. Respecto al carácter salarial del bono otorgado mensualmente, señaló que el pacto contenido en la cláusula décimo primera del contrato de trabajo carece de eficacia, toda vez que el pago se hizo de manera habitual y permanente, por lo que concluyó que el mismo constituye salario. No obstante, adujo que en el presente caso operó la prescripción pues se presentó la demanda más de seis (6) años después de la terminación del contrato y de la reclamación efectuada por el ex trabajador y se abstuvo de conceder la reliquidación de prestaciones solicitadas, ordenando la reliquidación y pago, respecto del pago de aportes al sistema general de pensiones, al considerar que los mismos son imprescriptibles (archs. 14 y 15).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el **demandante** presentó recurso de apelación parcial por considerar que si se demostró el trabajo suplementario realizado por el demandante, indicando que si bien el demandante no tenía una relación de hora a hora, debe tenerse en cuenta lo expuesto con claridad por los testigos y conceder la totalidad de las

pretensiones de la demanda.

La **demandada** interpuso recurso de apelación aduciendo que para declarar la incidencia salarial de un pago, ha debido verificarse en primera medida si la reclamación se había interpuesto sin haber sido afectada por el fenómeno de la prescripción; que la declaratoria de ineficacia del acuerdo es extemporánea y que si bien los aportes a pensión no se encuentran afectados por el término trienal, dicho término si afecta la declaratoria o no de la incidencia salarial de un pago, como en éste caso la bonificación por \$200.000 pactada.

Subsidiariamente, señaló que no se acreditó que el bono pagado al ex trabajador fuese una contraprestación de sus servicios y que por el contrario, las partes acordaron en los términos del art. 128 CST, que dicho pago no tenía carácter salarial (archs. 14 y 15).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos interpuestos; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

El apoderado de la demandada presentó sus alegaciones de instancia, reiterando lo expuesto al formular el recurso de apelación (arch. 20).

VI. CONSIDERACIONES APELACIÓN SENTENCIA

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. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si había lugar a revisar el pacto celebrado entre las partes, para establecer la naturaleza salarial de los pagos efectuados en virtud del mismo, pese al transcurso del tiempo y a la excepción de prescripción oportunamente formulada por la demandada, y en ese caso, si tal acuerdo resulta válido o por el contrario es ineficaz, y en consecuencia, si resultaba procedente o no el reajuste de aportes pensionales con la inclusión de las sumas devengadas en virtud del

pacto de exclusión salarial; y si se demostró o no el trabajo suplementario alegado por el demandante.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. En este orden, no constituyen salario *«(i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo (CSJ SL5159-2018)»*.

Así, para determinar la connotación salarial de los pagos efectuados, nuestro máximo órgano de cierre ha indicado que el criterio conclusivo consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido, es decir, si esa ventaja patrimonial recibida por el trabajador se ha constituido como contraprestación o retribución del trabajo (SL - 5159 de 2018). Igualmente, ha aclarado que conceptos como la habitualidad del pago, o la proporcionalidad del mismo respecto al total de los ingresos, constituyen simplemente criterios auxiliares para estudiar si un valor reconocido al trabajador tiene naturaleza retributiva (SL-692 de 2021).

Ahora bien, el artículo 128 del CST establece la facultad de acordar que ciertos beneficios o auxilios no tengan carácter salarial, sin que pueda entenderse dicha prerrogativa como una autorización para restar incidencia salarial a los pagos directamente retributivos del servicio prestado por el trabajador; y en consecuencia, si a través de un acuerdo se dispone que no será salario, lo que por esencia o naturaleza lo es, independientemente de la denominación que hayan decidido otorgarle las partes, dicha estipulación se tornaría en ineficaz, de conformidad con lo dispuesto en los art. 13 y 127 del CST, por contrariar normas de orden público que prevén el mínimo de derechos y garantías de los trabajadores, sin que produzca *«efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo»*.

En este sentido, la parte actora reclama la determinación de la naturaleza salarial del pago efectuado mensualmente durante toda la vigencia de la relación laboral por concepto de bonificación no salarial, equivalente a la suma de \$200.000.00, a efectos de que sean incluidos como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales y para el pago de aportes al sistema pensional, de los que pide el reajuste, para lo cual es menester verificar si tal acuerdo fue válido, a la luz de la normatividad y la jurisprudencia aplicables, o si por el contrario, se torna en ineficaz, por tener tales pagos en realidad esa connotación salarial que se reclama.

Empero, le asiste razón a la demandada recurrente, en cuanto a que por el transcurso del tiempo, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto al referido acuerdo, puesto que operó el fenómeno jurídico de la prescripción, y conforme a la excepción que en ese sentido fue oportunamente formulada por el apoderado de la demandada, tal como prevé el art. 282 del CGP.

Recuerda la Sala que, de conformidad con lo dispuesto en los art. 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, los derechos laborales prescriben en 3 años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hizo exigible y el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, *interrumpe el término de prescripción por una sola vez, el que empieza a contabilizarse nuevamente a partir del reclamo y por un término igual.*

No se discute en este asunto que el contrato de trabajo terminó desde el 1 de agosto de 2013 (Pág. 33 arch. 01), por lo que el demandante contaba con un término de 3 años a partir de esa fecha, esto es, hasta el 1° de agosto de 2016, para reclamar cualquier acreencia laboral o reajuste salarial o prestacional adeudado, lo que incluye la discrepancia respecto a la validez del acuerdo de exclusión salarial celebrado, la naturaleza jurídica de los pagos realizados como no constitutivos de salario y el trabajo suplementario.

Si bien es cierto como lo adujo la *a quo*, el derecho al pago de aportes pensionales en el sistema de seguridad social es imprescriptible, porque comporta el derecho a la pensión que también lo es, e igualmente ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la reliquidación de la pensión por inclusión de factores salariales, también se torna en imprescriptible, considera la Sala que ello es así cuando no hay discusión

respecto a la naturaleza salarial de tales factores, sino que la controversia se genera por la exclusión de los mismos de la base de liquidación de la pensión, pese a su indiscutida naturaleza salarial o al mandato legal o convencional que dispone su inclusión.

Empero, para la Sala no ocurre lo mismo cuando no existe certeza respecto a la naturaleza jurídica de los pagos que se echan de menos en el ingreso base de cotización con el que se calculan los aportes en pensión sufragados por el empleador, esto es, respecto a si constituyen o no salario, máxime cuando se pactó entre las partes, empleador y trabajador, que no lo serían, y en consecuencia, previo a su inclusión en esa base de cotización, para efectos de un eventual reajuste, resultaba menester verificar la validez o ineficacia de tal acuerdo, controversia por acreencias laborales económicas que surgen del contrato laboral, que no puede permanecer sin resolverse de manera indefinida en el tiempo, y es por ello, tanto en procura de salvaguardar la seguridad jurídica, como ante la necesidad de definir las controversias que surjan del vínculo laboral, como en este caso acontece, que se estableció por el legislador un término de prescripción de los derechos, con la finalidad de que sean reclamados en tiempo y se resuelvan definitivamente los conflictos, en todo caso, sin que se afecte con ello el derecho mismo a la pensión del demandante, puesto que no existe discusión al interior del proceso respecto a que la demandada efectivamente efectuó el pago de los aportes al sistema pensional en el tiempo en que estuvo vigente el contrato de trabajo, como era su obligación.

Por último se recuerda que, en similares términos, al analizar lo dispuesto en los art. 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, la Corte Constitucional avaló su consagración legal, en la sentencia CC C-072-1994, y expresó:

«Con base en lo expuesto, la Corte considera que las normas acusadas, lejos de atender contra la dignidad del trabajador, se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, por razones de beneficio mutuo de los extremos de la relación laboral, que se ven en situación de inmediatez y prontitud, razón por la cual una prescripción de largo plazo dificultaría a patronos y a trabajadores la tenencia o conservación de pruebas que faciliten su demostración en el juicio. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo».

Conforme a lo expuesto, como el contrato de trabajo que existió entre las partes y da origen a esta controversia, finalizó el 1 de agosto de 2013 (Pág. 33

arch. 01), el demandante presentó reclamación ante la demandada el día 15 de julio de 2016 (Págs. 21 – 25 arch. 01), interrumpiendo el término prescriptivo por tres (3) años más, el que venció el 15 de julio de 2019, pero la demanda fue presentada en 25 de junio de 2021 (Pág. 69 arch, 01), esto es, cuando habían transcurrido más de siete (7) años desde la exigibilidad de las obligaciones derivadas del vínculo contractual, dos (2) años después de vencido el término de prescripción, sin que la parte demandada renunciara a la citada prescripción, toda vez que formuló oportunamente la excepción respectiva, los eventuales derechos que se hubieran podido causar en favor del actor, reclamados a través de esta acción ordinaria laboral, se encuentran prescritos, *sin que sea posible después de ese lapso controvertir, como en este caso, la naturaleza jurídica de los pagos efectuados*, ni tampoco determinar si laboró o no horas extras, pues todos los eventuales derechos que se hubieren podido derivar de la relación laboral que existió entre las partes se encuentran prescritos.

En consecuencia, se **revocará** la sentencia apelada para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la demandada, y absolverla de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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 D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **DECLARAR** probada la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por la demandada, y en consecuencia, **ABSOLVER** a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** de todas las pretensiones incoadas en su contra por **LUIS EDUARDO AVILES PATIÑO**, conforme a lo anotado en las motivaciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eij8Ttvcp51DigE9oVvu9CwB45aVmh4PHI_RGIfs437pgw?e=Mkih2k](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eij8Ttvcp51DigE9oVvu9CwB45aVmh4PHI_RGIfs437pgw?e=Mkih2k)

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: **add324f4dc9216592a3d84d049212c8fb1cfb7c80ff097b46e4d2a2eb0d17d04**

Documento generado en 27/07/2023 10:21:09 AM

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
RADICACIÓN: 11001 31 05 **016 2018 00709 01**
DEMANDANTE: CAROLINA MOREA ARCE
DEMANDADO: CORPORACIÓN INTEGRAL CITED SAS, ZTE CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, FONADE hoy EN TERRITORIO, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA ABIERTA Y A DISTANCIA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre ella y la Corporación Integral Tecno Digital Cited SAS, en el período comprendido entre el 4 de diciembre de 2017 y el 31 de julio de 2018; en consecuencia, que se condene a la demandada al pago de \$8.990.000 por concepto de salario, prestaciones sociales, vacaciones y la indemnización prevista en el art. 65 del CST. Igualmente solicita se condene como responsables solidarios al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, y ZTE Corporation Sucursal Colombia, la primera debido a la relación laboral existente con Cited SAS, y las dos últimas, como integrantes del Consorcio Integradores 2018.

En forma subsidiaria, solicito se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios a partir del 4 de diciembre de 2017, que fue incumplido por Cited SAS, por lo que requiere se condene a la demandada al pago de \$8.990.000 por concepto de honorarios, a los intereses moratorios causados o subsidiariamente a la indexación de dicha suma de dinero (Págs. 43-45 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 4 de diciembre de 2017, celebró el contrato de prestación de servicios n.º. C0526-2016 CON Cited SAS, para prestar sus servicios profesionales como tutora en los municipios donde se desarrolla el proyecto «*Puntos Vive Digital*»; expuso que en el contrato se estableció que su valor se determinaría por el número de personas certificadas en desarrollo de los cursos básico, intermedio y avanzado del programa.

Adujo que en el período comprendido entre el mes de noviembre de 2017 y mayo de 2018, debió elaborar y presentar informes, observar las directrices dadas por el contratante, asistir al punto asignado en el horario y días acordados, estar disponible en el punto de trabajo, y que dictó como tutora varios cursos por el valor total de \$8.990.000, suma de dinero que no le fue pagada. Señaló también que el 11 de abril de 2018 el área de Talento Humano de Cited SAS les informó que no habían podido pagar las nóminas y honorarios del mes de marzo; y el 4 de mayo de 2018, la Coordinación del Consorcio Integradores 2018, les informó que se suspenderían los cursos nuevos a partir de dicha fecha.

Finalmente, indicó que presentó derechos de petición solicitando el pago de sus honorarios ante Fonade el 14 de agosto de 2018 y ante la UNAD el 12 de septiembre de 2018, toda vez que a pesar de haber celebrado contrato con Cited SAS, quién le suministraba los elementos para la ejecución del contrato y supervisaba el cumplimiento, era el Consorcio Integradores 2018, precisando que realizaba tal labor fue de forma subordinada tanto de Cited SAS como del Consorcio Integradores 2018 (Págs. 40-41 arch. 01 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Una vez subsanada, la demanda fue admitida el 22 de mayo de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (págs. 88-89 arch. 01 C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de ser debidamente notificada guardo silencio (Págs. 107-108 arch. 01 C01).

La **Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD**, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Afirmó que la UNAD es una entidad pública del orden nacional, sometida a sus propios reglamentos, que la demandante no es ni ha sido trabajadora de la UNAD y que no le constan los hechos expuestos, por tratarse de hechos de terceros (Págs. 110-122 *idem*).

De otra parte, efectuó llamamiento en garantía a la Compañía Seguros del Estado SA, con fundamento en que hace parte del Consorcio Integradores 2018, consorcio que suscribió con Fonade el contrato n.º. 2162858 y que en desarrollo de dicho contrato, el consorcio tomó póliza de cumplimiento n.º. 33-45-101062539, en la que se contempla en amparo por pago de salarios y prestaciones sociales (Págs. 217-221 *idem*).

La **Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - “EN Territorio”** antes **Fonade**, se opuso a la totalidad de las pretensiones toda vez que no celebró contrato de trabajo o de prestación de servicios con la demandante y que por tanto no está llamado a responder por las pretensiones incoadas.

Expuso que celebró el contrato de prestación de servicios n.º. 2162858 con el Consorcio Integradores 2018, cuyo objeto es la *«prestación de servicios de integradores para el mantenimiento preventivo, correctivo, soporte y mesa de ayuda, diagnóstico y reposición, suministro, dotación de nuevas necesidades, promoción y apropiación a que haya lugar con la finalidad de mantener en óptimas condiciones de operación, funcionalidad y servicio la infraestructura instalada en los puntos vive digital»*, que el citado consorcio está integrado por la UNAD (62%), ZTE Corporation (30%) y Cited SAS (8%); adujo, que en la cláusula quinta del contrato celebrado entre Fonade y el Consorcio Integradores 2018, se pactó la entrega de un anticipo equivalente al 30% del valor del contrato por la suma de \$1.225.000.000 para cubrir los pagos de salarios y honorarios (Págs. 252-276 *idem*).

Formuló llamamiento en Garantía en contra de Seguros del Estado SA, con fundamento en la póliza de seguros de cumplimiento n.º. 33-45-101062539,

emitida en desarrollo del contrato n.º. 2162858 celebrado entre Fonade y el Consorcio Integradores 2018 (Pág. 324-326 *idem*).

ZTE Corporation Sucursal Colombia, dio respuesta a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, para lo que manifestó que no tuvo ningún tipo de relación contractual con la demandante, ni intervino en forma alguna en la relación contractual que pudo haber existido entre Cited SAS y la señora Carolina Morea. Se opuso también a la pretendida declaración de solidaridad, con fundamento en que según lo expuesto en el escrito de demanda, entre la demandante y Cited SAS existió un contrato de prestación de servicios y no un contrato de trabajo, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 34 CST, indicando además que no existe una relación de causalidad entre el referido contrato y el celebrado entre Fonade y el Consorcio Integradores 2018, que permita entender que la obra contratada pertenece a las actividades normales del dueño de la obra (Págs. 405-417 *idem*).

El apoderado de la **Corporación Integral Tecno Digital – Cited SAS**, informó al despacho que la demandada se encontraba en proceso de reestructuración, por lo que solicitó remitir el proceso a la Superintendencia de Sociedades (Págs. 436-460 *idem*); solicitud que fue negada por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en atención a que el trámite del presente asunto corresponde al de un proceso ordinario y no al de un proceso ejecutivo (Págs. 465-466 *idem*).

En la misma providencia se tuvo por notificada a Cited SAS y se le otorgó el término legal para dar contestación a la demanda, sin que la accionada allegará el escrito de contestación correspondiente, por lo que mediante auto del 10 de diciembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por Cited SAS (Págs. 541-543 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de abril de 2022, declaró que Cited SAS incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado con la demandante y condenó a Cited SAS al pago de \$8.990.000 por concepto de honorarios más los intereses moratorios mercantiles causados desde el 8 de mayo de 2018 y hasta que se efectuó el pago de la obligación; declaró solidariamente responsables de la condenas a la UNAD y a

ZTE Corporation Sucursal Colombia, como integrantes del Consorcio Integradores 2018 y absolvió de las restantes declaraciones y condenas.

Consideró el *a quo* que se demostró la prestación personal del servicio alegada por la demandante con el contrato de prestación de servicios y el acta de inicio aportados al expediente, y las consecuencias de la declaratoria de confesa de Cited SAS, al no haber acudido ni a la audiencia obligatoria de conciliación, ni a rendir interrogatorio de parte; sin embargo, indicó que pese a que se demostró la prestación personal del servicio, no se demostraron otros elementos esenciales del contrato de trabajo, como los extremos temporales, el salario, el horario y jornada de la labor, por lo que concluyó que no es posible declarar la existencia del contrato de trabajo pretendido.

De otra parte, adujo que existe plena prueba de la prestación de servicios de la accionante al ejecutar el contrato de prestación de servicios celebrado con Cited SAS y que debido a que operó la presunción de ciertos de algunos hechos de la demanda, como el 8, 9 y 10, es procedente declarar el incumplimiento del contrato por parte de Cited SAS y condenarla a pagar el valor adeudado por concepto de honorarios.

En cuanto a la responsabilidad solidaria pretendida, indicó que lo dispuesto en el artículo 34 del CST, opera únicamente por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, por lo que no es aplicable al presente caso al no haberse demostrado el contrato realidad alegado.

No obstante, después de hacer un recuento jurisprudencial en relación con la capacidad para contratar que tienen los consorcios y a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, respecto a que no es válido señalar que el empleador debe ser el integrante del consorcio que celebre el contrato de trabajo y radicar la responsabilidad en solo uno de los miembros del consorcio, concluyó que como los servicios prestados por la demandante buscaban cumplir las obligaciones del Consorcio Integradores 2018, hay lugar a declarar solidariamente responsables a los demás miembros del consorcio (archs. 22 y 23 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia, respecto de la decisión del *a quo* de no declarar la existencia de la relación laboral,

afirma que no se aplicaron correctamente las consecuencias de la no comparecencia de Cited SAS a la audiencia obligatoria de conciliación y a rendir interrogatorio de parte, considera que habiéndose dado por ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda y teniendo demostrada la prestación del servicio, ha debido declararse la existencia del contrato de trabajo.

Expuso que el salario puede determinarse realizando una operación aritmética, ya que se dio por cierto que a la demandante se le adeudan \$8.900.000; igualmente, señaló que sí se demostraron los extremos de la relación laboral, toda vez que se cuenta con el acta de inicio del 1º de marzo de 2018 y el correo electrónico allegado por Cited SAS, del que se colige que la relación estuvo vigente hasta el mes de abril de 2018. Por lo anterior, solicita aplicar la presunción del artículo 24 del CST, declarar la existencia del contrato de trabajo y condenar al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones deprecadas (min. 1:16 arch. 22 C01).

ZTE Corporation Sucursal Colombia, interpuso el recurso de apelación aduciendo que no es posible declarar la solidaridad, toda vez que en curso del proceso se dio como confeso que Cited SAS es el único y real contratante de la demandante, lo que considera releva a los demás integrantes del consorcio. Expuso también que la responsabilidad solidaria prevista por la ley 80 de 1993, aplica frente al Estado y no respecto de las obligaciones adquiridas frente a los particulares, por lo que solicita se revoque la decisión respecto de la solidaridad declarada (min. 1:27 arch. 22 C01).

La **Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD**, manifestó su inconformidad respecto a la decisión de declarar la responsabilidad solidaria entre los miembros del Consorcio Integradores 2018, por considerar que el *a quo* incurrió en una contradicción al indicar que no se demostró la existencia del contrato de trabajo, condenar a pagar intereses mercantiles por considerar el contrato de prestación de servicios un acto mercantil, pero aplicar la solidaridad prevista en el artículo 34 CST.

Adujo también, que la responsabilidad prevista por la Ley 80 de 1993, hace referencia a la responsabilidad frente a las entidades estatales, más no frente a los particulares, por lo que solicita revocar la decisión respecto a la solidaridad declarada, así como la condena en costas que le fue impuesta (min. 1:31 arch. 22 C01).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (arch. 04, C02).

Los apoderados de la UNAD, ZTE Corporation y ENTerritorio (Antes Fonade), presentaron sus alegaciones de instancia, reiterando lo expuesto en las contestaciones y el recurso de apelación (arch. 02, C02).

VI. 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. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar si entre la demandante y la Corporación Integral Tecno Digital – Cited SAS, existió o no un verdadero contrato de trabajo, y si como consecuencia de ello, había o no lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas; así como en verificar si hay o no lugar a declarar la responsabilidad solidaria entre Cited SAS, la UNAD y ZTE Corporation Sucursal Colombia.

De la existencia de un verdadero Contrato de Trabajo.- Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 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 artículo 24 *ibídem*, 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, a quien resiste la pretensión, 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, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

Así, para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, es necesario en principio, que se demuestre la actividad personal del trabajador a favor del presunto empleador, por lo que procederá la Sala a verificar el material probatorio allegado al presente caso:

En lo atinente a las pruebas documentales, la demandante allegó: **i)** copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre Carolina Morea Arce y Cited SAS, el 4 de diciembre de 2017 (Págs. 15-21 arch. 01 C01); **ii)** copia del acta de inicio del contrato de prestación de servicios, de fecha 2 de noviembre de 2017 (Pág. 22 *ídem*); **iii)** correo del 11 de abril de 2018, con asunto «*Información pago mes de marzo*» (Pág. 23 *ídem*); **iv)** copia de las peticiones radicadas ante Fonade y la Unad (Págs. 11-14 *ídem*); así como la respuesta dada por Fonade (Págs. 8-10 *ídem*).

En el caso de marras no se aportó prueba testimonial alguna, toda vez que no se practicó el testimonio de la señora María del Rosario Zarate Osma, solicitado por la parte demandante, en consideración a que la citada señora no compareció a la audiencia de que trata el artículo 80 CPTSS. Al respecto vale resaltar, como expuso el *a quo* que es carga procesal de las partes, traer al proceso las pruebas que sustentan la tesis alegada por cada una de ellas, lo que incluye los testigos que pretenda sean escuchados, carga que no fue cumplida en este caso.

Ahora bien, en cuanto al interrogatorio de parte absuelto por la señora **Carolina Morea Arce**, debe resaltar la Sala que en el mismo la demandante señaló que fue contratada por Cited SAS para desempeñarse como tutora de informática en los puntos vive digital de la ciudad de Neiva y de los municipios de Algeciras y Hobo; expuso que prestó sus servicios como tutora desde julio de 2018, hasta el mes de marzo del año siguiente (min. 2:17 arch. 022 C01); que brindaba la tutoría a grupos de 30 o 35 personas en los puntos vive digital que pertenecían a las alcaldías de cada municipio, de lunes a viernes en la jornada de la mañana en Neiva y los días sábado y domingo en Algeciras y Hobo; que recibía instrucciones a diario por medio de correo electrónico; que quién le daba indicaciones era la señora María del Rosario Zarate, coordinadora del proyecto y trabajadora de Cited SAS; que prestó sus servicios durante 6 meses y por tal razón presentó las cuentas de cobro correspondientes ante Cited SAS (min- 2:25 *ídem*), sin que le pagaran las mismas.

Cuestionada respecto a cómo hacía para sufragar sus gastos durante dicho tiempo, adujo que trabajaba para otra empresa en las noches de forma virtual (min. 2:22); indicó que ninguna de las demandadas le brindó los medios tecnológicos o elementos requeridos para prestar sus servicios, que ella debía tener sus propios medios, al efecto precisó que ella y los demás tutores debían buscar los estudiantes, que Cited SAS les ayudaba a buscar los estudiantes publicando los cursos, que les prestaban los ambientes de los Puntos vive Digital de cada municipio, en los que había pupitres y portátiles, y que ella como tutora llevaba su propio portátil para ella. Finalmente, cuestionada por el *a quo* respecto al período en el que prestó sus servicios como tutora, reiteró que trabajó 6 meses en el año 2018, hasta marzo del siguiente año (min 2:38 *idem*)

Del análisis conjunto de las pruebas referidas, se tiene que en el caso de marras, a diferencia de lo expuesto por el *a quo*, para la Sala **no** se demostró la prestación personal y continua del servicio alegado, y en efecto tampoco se demostró la remuneración devengada por la accionante, ni los extremos temporales en los que dice haber prestado sus servicios.

Inicialmente, y en cuanto a las pruebas documentales aportadas, esto es, el contrato de prestación de servicios y el acta de inicio del mismo, se observa que dichos documentos presentan una inconsistencia, puesto que, según su contenido, el contrato se celebró el 4 de diciembre de 2017 (Pág. 21 *idem*), pero inició el 2 de noviembre de 2017 (Pág. 22 arch. 01 C01), con lo que se tendría que el contrato empezó a ejecutarse cuando aún no se había siquiera celebrado.

Ahora bien, respecto a los citados documentos es preciso señalar que con ellos se demuestra que la señora Carolina Morea y Cited SAS efectuaron un acuerdo jurídico en virtud del cual ella se obligaba a prestar sus servicios profesionales como tutora en los municipios donde se desarrolla el proyecto *Puntos Vive Digital*, y Cited SAS se obligaba a pagar por dichos servicios; sin embargo, los documentos enunciados en sí mismos, no demuestran que se haya cumplido dicho acuerdo y en consecuencia, que efectivamente se hayan prestado los servicios acordados.

En tal sentido, *se observa que al proceso no se allegó prueba alguna de la prestación personal del servicio*, a pesar de que la demandante habría podido allegar, entre otras, el material de trabajo elaborado para dictar las tutorías, el listado de los estudiantes a los que dice haber brindado las tutorías o los registros

de asistencia y registros fotográficos de los cursos, que según las obligaciones pactadas debía llevar (Pág. 16 arch. 01 C01); las cuentas de cobro que dijo haber presentado a Cited SAS, con sus correspondientes soportes; los correos electrónicos que dijo en interrogatorio de parte, que le habían sido enviados a diario por la coordinadora del proyecto, documentos indicativos de que efectivamente realizó la labor para la que fue contratada.

En este punto, es pertinente recordar que no basta con alegar haber realizado una labor o haber prestado un servicio, sino que es carga de quien alega haber sido trabajador, demostrar efectivamente que prestó un servicio en forma personal y continúa.

Aunado a lo expuesto, se observa que tampoco existe certeza respecto al período en el que se pudo haber desarrollado la relación contractual, dadas las múltiples contradicciones en lo afirmado, toda vez que en el escrito de demanda se solicita declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el 4 de diciembre de 2017 y el 31 de julio de 2018 (Pág. 43 arch. 01 C01); en el recurso formulado se dice que la demandante trabajó entre marzo y abril de 2018 y los documentos allegados (contrato y acta de inicio) presentan la inconsistencia ya explicada respecto a la fecha de inicio del contrato.

Así mismo, el correo electrónico con asunto «cancelación de cursos», dirigido a los tutores el 4 de mayo de 2018, en el que se dice que «*que por solicitud de la gerencia del proyecto todos los cursos no iniciados y la apertura de nuevos cursos quedan suspendidos hasta nueva orden a partir de la fecha de hoy 04 de mayo de 2018*» (arch. 05, subcarpeta 002, C01), del que la recurrente alega se puede desprender la fecha de terminación del vínculo, no enlista en los destinatarios a la aquí demandante, lo que guarda relación con que el correo es remitido por el Consorcio Integradores 2018 y puntualmente por el Coordinador Departamental de Cundinamarca, y la aquí demandante dice haber prestado sus servicios en el Departamento del Huila, por lo que dicho correo electrónico no se relaciona con el caso bajo estudio y no puede ser tenido como demostrativo de la finalización de la relación contractual alegada por la aquí demandante.

Por último, en lo que tiene que ver con el período en el que se dio la relación contractual, no se puede pasar por alto que la misma demandante en interrogatorio de parte no fue clara respecto a las fechas en las que dice haberse desempeñado como tutora, toda vez que señaló haber trabajado durante 6 meses,

entre el año 2018 y marzo del siguiente año, lo que correspondería al 2019, afirmación que en nada se relaciona con lo alegado en la demanda y con los documentos aportados.

Respecto de la retribución económica, aun cuando como se dijo no se demostró la prestación personal del servicio, por lo que se considera que no es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo como pretende la demandante, se encuentra oportuno precisar que a diferencia de lo expuesto por el recurrente, no es posible simplemente dar por demostrada la remuneración de la accionante, tomando la suma de \$8.990.00 y dividiéndola por el tiempo durante el que persistió el contrato, por dos razones esenciales:

De un lado, como se señaló en el punto inmediatamente anterior, no se demostraron los extremos temporales, con lo que aún si se diera por cierto el valor total adeudado a la demandante por los servicios prestados, como lo hizo el *a quo*, no se podría saber en qué número de meses o por qué factor de tiempo dividir dicho valor total.

De otro lado, el contrato de prestación de servicios, al establecer su valor, no determinó un factor temporal para el pago o para la causación de los honorarios, sino que previó que el valor se determinaría «*por el número de personas certificadas en el desarrollo del curso básico, curso intermedio y curso avanzado*», con lo que la remuneración pactada no era fija y determinada dentro de un mismo período, sino que dependía directamente del número total de estudiantes certificados y al presente proceso, como ya se dijo, no se allegó prueba alguna que demuestre la prestación del servicio y menos aún, el número de estudiantes certificados, o las cuentas de cobro aprobadas por la accionada Cited SAS, ni ningún otro documento que permita establecer con claridad la remuneración de la aquí demandante.

Por todo lo expuesto, es claro para la Sala que *no habiéndose demostrado la prestación personal del servicio, ni los extremos temporales en los que se alega existió la relación laboral, no es posible aplicar la presunción del artículo 24 CST y declarar la existencia del contrato de trabajo* como pretende el recurrente demandante, siendo preciso recordar que la Corte Suprema de justicia, aún en los casos en los que se ha demostrado la prestación personal y continua del servicio, ha indicado que el trabajador demandante no está relevado de cumplir

con su carga procesal y que debe acreditar también circunstancias como la temporalidad y el salario. En tal sentido, la sentencia SL419 de 2020, dispuso:

«En efecto, se ha considerado que al quedar demostrada la prestación personal del servicio, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que por ello se releve al demandante de otras cargas probatorias, tales como acreditar los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.»

De la responsabilidad solidaria de los miembros del Consorcio.-

Considerando la inexistencia de una relación laboral y por tanto la inaplicabilidad del art. 34 del CST, resta verificar si los miembros de un Consorcio están llamados a responder solidariamente, por la condena impuesta a la demandada Cited SAS.

A tal efecto, cabe traer a colación lo previsto en el art. 7 de la Ley 80 de 1993, que dispone: *«Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.»*

De lo anterior, se colige que la responsabilidad solidaria de los miembros de un consorcio deviene directamente de lo previsto por el legislador y a diferencia de lo expuesto por los recurrentes, no se limita únicamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas entre los miembros del consorcio y la entidad estatal que los contrató, sino que se predica de toda actuación, hecho u omisión, realizados por sus miembros en desarrollo de la propuesta y del contrato.

Así las cosas, en el caso de marras debe observarse si existe una correlación entre el contrato estatal celebrado entre el Consorcio Integradores 2018 y FONADE, y el contrato de prestación de servicios celebrado entre Cited SAS y la aquí demandante, y si de allí puede derivarse la responsabilidad de los miembros del Consorcio.

En este sentido se encuentra que el Consorcio Integradores 2018, integrado por la Unad, ZTE Corporation Sucursal Colombia y Cited SAS, celebró el 1 de diciembre de 2016, contrato de prestación de servicios n.º. 2162858 con

Fonade, cuyo objeto es *«La prestación de servicios de integradores para el mantenimiento preventivo, correctivo, soporte y mesa de ayuda, diagnóstico y reposición, suministro, dotación de nuevas necesidades, promoción y apropiación a que haya lugar con la finalidad de mantener en óptimas condiciones de operación, funcionalidad y servicio la infraestructura instalada en los puntos vive digital (Región n°4) de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en la solicitud de contratación del proceso de selección CPR-034-2016 (...).»* (Pág. 331 arch. 01 C01).

A su vez, la demandante celebró contrato de prestación de servicios con la Corporación Integral Tecno Digital – Cited SAS, con el objeto de *«Prestar sus servicios profesionales como tutor en los municipios donde se desarrolla el proyecto, Puntos Vive Digital y otro lugar asignado por el CONTRATANTE, de acuerdo a los requerimientos metodológicos de forma y técnicos requeridos en el anexo técnico y contrato de prestación de servicios suscrito entre el CONSORCIO INTEGRADORES 2018 y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE los cuales forman parte del presente contrato de prestación de servicios»* (Pág. 16 *ídem*).

Se encuentra entonces que no existe una clara y evidente relación directa entre los dos contratos, puesto que de una parte, la actividad de brindar tutorías a los usuarios de los Puntos Vive Digital, no se encuentra contemplada en el objeto del contrato celebrado entre el Consorcio y Fonade, y de otra, como se estudió previamente, en el presente caso no se demostró que la demandante efectivamente hubiese prestado el servicio para el que celebró el contrato de prestación de servicios, ni menos aún que dicha actividad se hubiese hecho en favor del Consorcio Integradores 2018 y con el fin de dar cumplimiento al contrato celebrado entre dicho Consorcio y Fonade – hoy ENTerritorio.

En este punto, cabe resaltar que aunque en el marco de esta decisión, no es posible estudiar la condena impuesta por concepto de honorarios en primera instancia, toda vez que la misma no fue objeto del recurso de apelación, no es posible declarar solidariamente responsables a la UNAD y a ZTE Corporation Sucursal Colombia, del pago de honorarios por una prestación de servicios que no fue demostrada y en la que no se observa que haya existido algún tipo de intervención ni de los miembros del Consorcio, ni de la entidad estatal que contrató al Consorcio, por lo que se **revocará** parcialmente la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada.

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: REVOCAR el numeral TERCERO y parcialmente el numeral OCTAVO de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **ABSOLVER** a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y a ZTE Corporation Sucursal Colombia, de las condenas solidarias pretendidas y de la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, acorde con lo expuesto en las motivaciones anteriores.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[\[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep2R4saw-nJNkhrGIVq4hpcBdIo7IP_zRl4Z-lxtEhR26A?e=5pZJwv\]\(https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep2R4saw-nJNkhrGIVq4hpcBdIo7IP_zRl4Z-lxtEhR26A?e=5pZJwv\)](https://etbcj-</p></div><div data-bbox=)

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: **3e9e74238e0387b77276a18d2d4a2d6b2bd39b109e6db76fdccdc84a65f8606e**

Documento generado en 27/07/2023 10:21:09 AM

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 **005 2021 00026** 01
DEMANDANTE: ANA MORALINDA CAVALLAZZI DE RUÍZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 17 de junio de 2022, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare de manera principal la ineficacia del traslado al RAIS y de su afiliación realizada a Porvenir SA, al no haberse realizado de manera informada, libre y espontánea o en forma subsidiaria, que se declare que es nulo dicho traslado de régimen pensional y su afiliación a Porvenir SA, o que el acto por medio del cual se trasladó es inexistente y por tanto, en cualquiera de los casos, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; en consecuencia se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos, sumas adicionales y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas estuvieron bajo su administración; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los aportes y rendimientos devueltos del RAIS,

para actualizar su historia laboral; se condene a Porvenir SA a reconocer y pagar los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV; pidió las costas procesales (págs.. 10-12, arch. 2 C01, C001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, indicó que nació el 9 de noviembre de 1961; se afilió al extinto ISS desde el año 1990; el 1º de junio de 1994 suscribió formulario de afiliación ante el fondo de pensiones Colpatria, sin haber recibido una información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, por lo que consideró que el RAIS le resultaría mucho más beneficioso que el RPMPD dado que nunca se le informó acerca de las características o comparaciones entre uno y otro régimen pensional o de los riesgos que existía al tomar la decisión de trasladarse.

Nunca fue informada acerca de su derecho al retracto establecido en el Decreto 1161 de 1994, así que se sintió engañada dado que le dijeron que su condición pensional en el RAIS sería mucho más ventajosa, tendría un mejor monto pensional y que el RPMPD desaparecería. Posteriormente Porvenir SA le realizó una proyección pensional y le indicó que a los 61 años de edad podría pensionarse con \$1.005.800 mensuales, mientras que si se pensiona a esa misma edad en Colpensiones, su mesada sería de \$3.041.791, así que su consentimiento estuvo viciado a la hora de afiliarse al RAIS; el 10 de diciembre de 2020 y el 15 de enero de 2023 solicitó a las demandadas la ineficacia, nulidad e inexistencia de su afiliación a Porvenir SA, pero la respuesta fue negativa (págs. 13-16 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 2 de junio de 2021 se admitió la demanda y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 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 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir,

presunción de legalidad de los actos jurídicos, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL373-2021, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 2- archs. 4, 10 *idem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-46 archs. 9, 10 *idem*).

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

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 17 de junio de 2022, profirió sentencia en la que declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a la AFP Porvenir SA, a transferir la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a Colpensiones, a quien a su vez ordenó recibir tales dineros para actualizar la historia laboral de la demandante e impuso costas a cargo de Porvenir SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial vigente, no era dable declarar probada la excepción de prescripción, por la relación estrecha entre este asunto y el derecho irrenunciable y digno a la seguridad social; que la carga de la prueba corresponde a las administradoras de pensiones; que para el momento del traslado estaba vigente el Decreto 720 de 1994 que establecía en cabeza de las administradoras el deber de información; que los formatos de afiliación no son prueba conducente del consentimiento informado; que no es necesario que la persona se encuentre en posición o situación de ser beneficiaria del régimen de transición o haber cumplido los requisitos para pensionarse; que la demandante no confesó el cumplimiento de ese deber de información; y que Porvenir SA no acreditó el deber de información oportuna, tampoco aparece prueba de que antes de haber cumplido los 47 años le hubiese informado a la actora que podría regresar al RPMPD, por esta misma razón, indicó que solo era viable imponer costas a Porvenir SA por cuanto desde el 2002 hasta el 9 de noviembre de 2008 incurrió en falta al deber de información con la demandante al no asesorarla de manera correcta y completa (archs. 6, 7 *idem*).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** solicita que se condene en costas a Colpensiones, pues fue una de las pretensiones incluidas en la demanda, y las demandadas se opusieron a todas ellas en forma activa, por ende fueron controvertidas a lo largo del debate probatorio, así que siendo consecuencia directa de la movilización del aparato judicial es necesaria la imposición de costas procesales a cargo de dicha entidad al tenor de lo dispuesto en el art. 365 del CGP.

Colpensiones sostuvo que la demandante como afiliada es libre y tuvo voluntad de libre escogencia de régimen pensional aunado a que durante 28 años realizó cotizaciones en el RAIS y solo hasta el año 2020 solicitó la nulidad de traslado, cuando superaba el límite del tiempo en el que se podía regresar al RPMPD porque para esa data, ya tenía 59 años de edad y si bien en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que Porvenir SA nunca le informó que ello podía hacerse antes de cumplir 47 años de edad, lo cierto es que ella como afiliada tenía el deber de informarse por cuenta propia, para saber cuál era el fondo que le era más viable y beneficioso para sus expectativas pensionales, con el fin de respetar la normativa vigente.

Porvenir SA, argumentó que el precedente jurisprudencial al que hizo alusión el *a quo* no puede ser aplicado a todos los casos en donde se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues debe verificarse las condiciones fácticas de cada caso y en este, se acreditó que la demandante efectuó válidamente su traslado en el año 1994, en forma informada, libre y consciente de acuerdo con la normativa vigente para esa época, firmando el correspondiente formulario con la aceptación de las condiciones allí establecidas, aunado a que convalidó su decisión con los posteriores traslados horizontales que ejecutó al interior del RAIS, con lo que demuestra su interés en continuar afiliada a ese régimen debido a las situaciones del mercado que consideró útiles para su situación pensional. Agregó que la demandante no puede ser exonerada de que por su propia cuenta debía indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional y de mantenerse en el RAIS, por ende, el deber de información no solo le compete a la administradora, sino a la afiliada también.

Finalmente adujo que las costas procesales impuestas no se encuentran fijadas conforme con los criterios establecidos por los distintos acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, máxime cuando el presente caso es de baja

complejidad al encontrarse el tema en específico ya absolutamente decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ende, el valor señalado como agencias en derechos resulta desproporcionado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto 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; sin embargo, solo presentaron alegaciones la demandante y Porvenir, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y recursos, mientras que Colpensiones guardó silencio (archs. 4-9 C02).

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, razón por la cual en asuntos como este 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. Finalmente se verificará lo atinente a la imposición de costas procesales

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 9 de noviembre de 1961 (pág. 29 arch. 2 C01); **ii)** se afilió al extinto ISS el 9 de marzo de 1990 y efectuó cotizaciones al RPMPD hasta el 31 de julio de 1994 por 174.86 semanas en total (págs. 45, 46 arch. 2, págs. 49, 50 arch. 4); **iii)** se trasladó al RAIS a través de Colpatria Pensiones y Cesantías el 1º de junio de 1994 con efectividad desde el 1º de agosto de dicha anualidad (págs. 30, 51-55 arch. 2, págs. 47, 87, 128 arch. 9); **iv)** posteriormente se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías el 10 de septiembre de 1999, (pág. 48 arch. 9); **v)** finalmente suscribió solicitud de vinculación a la AFP Porvenir el 28 de febrero de 2002 con fecha de efectividad desde el 1º de abril de 2002 (págs. 49, 81-85, 128 arch. 9), administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1225 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 19 de septiembre de 2020 y el 22 de octubre de 2021 (págs. 31-44 arch. 2, págs. 50-79, 88-101 arch. 9).

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, la demandante quedó vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria el 1º de junio de 1994, luego se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías el 10 de septiembre de 1999 y finalmente a **Porvenir SA** el 28 de febrero de 2002, y si bien en los formularios de vinculación n.º 009361, 656910 y 10044455-01675231 suscritos por la accionante (pág. 30 arch. 2, págs. 47-49 arch. 9) 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 las AFP Colpatria y Horizonte, hoy fusionadas por absorción con Porvenir SA, que hubieran 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 1º de junio de 1994 con su afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir, efectivo desde el 1º de agosto del mismo año (págs. 30, 51-55 arch. 2, págs. 47, 87, 128 arch. 9, C01).

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 el *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere y, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, éstos 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.

Finalmente, en cuanto a la condena en **costas** que pretende la accionante se imponga a cargo de Colpensiones, 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 art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que no debe disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que

¹ CSJ SL1688-2019.

se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **confirmará** el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada.

Finalmente, en cuanto al **monto de las costas** impuestas a Porvenir SA, ha de indicarse que de conformidad con el num. 5º del art. 366 del CGP, no es este el momento procesal oportuno para decidir lo atinente frente a cualquier controversia que surja respecto de la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho, por ende la Sala se encuentra impedida para emitir pronunciamiento alguno frente a este punto.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación 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 17 de junio de 2022, por el Juzgado 5º Laboral 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, los bonos pensionales si los hubiere, y debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsdL6xyw0WpBp_4DaAK8EfQBu_AOQFfPEYNRyYDyp_Q9LA?e=5LFC7C

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: **3cfabe33269826e46f1b6ee499981f1c292d902a986f4f692300121895d1b915**

Documento generado en 27/07/2023 10:21:07 AM

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 05 002 Tr (011 2020 00341) 01
DEMANDANTE: AMANDA FUQUENE ESPEJO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante Amanda Fuquene Espejo, que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en agosto de 1996 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA, es ineficaz; en consecuencia, solicita se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones, a aceptar el traslado de la demandante (págs. 4-5 arch. 01 subcarpeta 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales; que el 26 de octubre de 1994 se trasladó a Colpatria SA hoy Porvenir SA, y que suscribió formulario de afiliación con Porvenir SA el 12 de agosto de 1996; con posterioridad se trasladó el 4 de junio de 2003 a Pensiones y Cesantías Santander SA, hoy Protección SA; y finalmente se trasladó a Colfondos SA el 1º de mayo de 2005. Adujo que al momento de la afiliación al RAIS no se le brindó una asesoría oportuna, ni se le informaron las condiciones con las que se pensionaría, ni las desventajas del traslado; y que, tuvo conocimiento de lo desfavorable de su afiliación al RAIS en agosto de 2019, cuando Colfondos SA le informó que su mesada pensional aproximada oscilaría entre \$983.697 a los 57 años de edad o \$1.386.941; en tanto que en el RPM a los 57 años de edad se pensionaría con \$3.698.264 (págs. 6-8 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Una vez subsanada, la demanda se admitió por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de junio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 06 subcarpeta 01 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación (arch. 09 *idem*)

Colfondos SA, se opuso a lo pretendido por considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera suficiente, completa y veraz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Formuló las excepciones de buena fe, compensación y pago (arch. 14 *idem*)

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, indicando que los múltiples traslados entre regímenes a partir de declaratorias de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización

del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia del pago de costas (arch. 15 *idem*).

Protección SA, se opuso a la totalidad de las pretensiones por considerar que el acto de afiliación de la demandante al RAIS goza de plena validez y fue realizado en forma libre y espontánea como consta en el formulario de vinculación suscrito por la demandante. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y traslado de aportes (arch. 16 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 13 *idem*).

En cumplimiento de lo previsto en los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero y CSJBTA22-15 del 1º de marzo de 2022, el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, avocó conocimiento del presente proceso (arch. 04 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 31 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante el 26 de octubre de 1994, con efectividad a partir del 1 de noviembre de la misma anualidad, y condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurador, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, precisando que dichos dineros deberán ser trasladados en forma indexada y con

cargo a sus propios recursos.

Igualmente, condenó a Porvenir SA y Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores que se hubieren generado con ocasión de la administración efectuada durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos, tales como como gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, precisando que dichos dineros deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información clara, transparente, veraz, suficiente y conducente suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS y escoger libremente ese régimen, por ende, encontró procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a las AFP el traslado de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual, como una consecuencia lógica de la ineficacia del traslado del régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que la decisión incurre en una indebida interpretación del artículo 1604 CC, indicando además que el Decreto 2249 de 2010 que establece el régimen de protección del consumidor financiero, impone en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, el deber de asesorarse, por lo que cuestiona el silencio de la demandante y afirma que el mismo implica una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

Porvenir SA, expuso como fundamento del recurso de apelación que la demandante al momento del traslado era una persona capaz y, por tanto, su decisión de trasladarse fue libre, voluntaria e informada; adujo que pese a la fusión de Colpatria AFP SA, no pueden trasladársele a Porvenir las consecuencias de las acciones de aquella. Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado del régimen pensional, y destacó que ante la

decisión de la accionante de trasladarse a ING, hoy Protección, la recurrente trasladó todos los dineros sobrantes de la cuenta de ahorro individual de la demandante a dicho fondo, por lo que solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a 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. 04 C02).

En tal sentido, presentó sus alegaciones la demandada Porvenir SA y Colpensiones, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (archs. 06 y 08 C02).

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, razón por la cual, 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 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 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, 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 las administradoras privadas demandadas, 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 12 de abril de 1963 (pág. 1 arch. 02 subcarpeta 01 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1982 **iii)** el 26 de octubre de 1994 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Colpatria (pág. 26 *ídem*), **iv)** el 12 de agosto de 1996 se trasladó a Porvenir SA (pág. 27 *ídem*), **v)** el 4 de junio del 2003 se afilió a Santander Pensiones y Cesantías (pág. 28 *ídem*), **vi)** finalmente, el 1 de mayo de 2005, se afilió a Colfondos SA (pág. 12 *ídem*).

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

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 si se encontraba en la prohibición de traslado, ya que 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 la entonces AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, el 26 de octubre de 1994, y si bien en el formulario de vinculación con radicación n.º 01983 (pág. 26 arch. 02 C01) 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, 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 supe 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 Porvenir SA, que se hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de los 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 la *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 26 de octubre de 1994 con la suscripción del formulario de vinculación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto al asunto objeto del recurso, es preciso señalar que 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, tal como lo resolvió la primera instancia, por lo que se **confirmará** también en ese punto la decisión.

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.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANA_QUEL/REPARTO%20GENERAL/004Juzgados%20Transitorios/Juzgado%202.%C2%B0%20Transitorio%20Lab.%20Cto.%20Bta/11001310501120200034101?csf=1&web=1&e=Ye7Us5

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: **b682702904348ca4ed7b96f20bb3da92cca9ae15b8666368d9b1dd39f2f6caef**

Documento generado en 27/07/2023 10:21:04 AM

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 05 002 Tr (011 2021 00087) 01
DEMANDANTE: ROSALBA ROJAS ROMERO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de julio 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 MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2022, por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en enero del año 2000 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA es ineficaz, toda vez que no se le brindó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y compararlos con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, solicita se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones, a aceptar el traslado de la demandante (pág. 2 arch. 01 subcarpeta 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales desde el 21 de junio de 1988 y hasta el 31 de enero de 2000; que el 12 de enero de 2000 suscribió formulario de afiliación con Porvenir SA, administradora de pensiones y cesantías a la que se encuentra afiliada. Adujo que al momento de la afiliación al RAIS no se le brindó una asesoría oportuna, ni se le informaron las condiciones con las que se pensionaría, ni las desventajas del traslado o la prohibición de trasladarse de régimen una vez cumpliera los 47 años de edad (págs. 6-8 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 04 subcarpeta 01 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (arch. 05 *ídem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, indicando que los múltiples traslados entre regímenes a partir de declaratorias de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia del pago de costas (arch. 16 *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 09 *ídem*).

En cumplimiento de lo previsto en los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero y CSJBTA22-15 del 1º de marzo de 2022, el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, avocó conocimiento del presente proceso (arch. 04 C01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 14 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante el 12 de enero de 2000, con efectividad a partir del 1 de marzo de la misma anualidad, y condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurador, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, precisando que dichos dineros deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información clara, transparente, veraz, suficiente y conducente suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS y escoger libremente ese régimen, por ende, encontró procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a las AFP el traslado de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual, como una consecuencia lógica de la ineficacia del traslado del régimen pensional.

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la AFP privada y la demandante, por ende, como dicho acto solo tiene efecto inter partes, no puede ser favorecida ni perjudicada. Adujo que de aceptar a la demandante en el RPMPD se afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, y que frente a este tipo de condenas impuestas a la entidad, se debe tener en cuenta el impacto de la reserva pensional que día tras día se ha venido afectado en forma excesiva por procesos como este.

Porvenir SA, expuso como fundamento del recurso de apelación que la demandante al momento del traslado era una persona capaz y, por tanto, su decisión de trasladarse fue libre, voluntaria e informada. Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado del régimen pensional, y manifestó su inconformidad tanto con la decisión misma de ordenar el traslado de régimen pensional de la accionante, como con la disposición de devolver no solo los aportes, sino también los gastos de administración y primas de seguros previsionales, toda vez que la afiliada demandante ha contado con la protección frente a cualquier riesgo de invalidez o muerte que se pudiera suscitar. (Arch. 08 C01)

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a 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. 04 C02).

En tal sentido, presentó sus alegaciones la demandada Porvenir SA y Colpensiones, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (archs. 05 y 11 C02).

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, razón por la cual, 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 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 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, 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 privada demandada, 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 5 de junio de 1966 (pág. 34 arch. 0 subcarpeta 01 C01); **ii)** cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1988 (Pág. 36 *idem*) **iii)** el 12 de enero de 2000 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA (pág. 56 *idem* y pág. 30 arch. 05 subcarpeta 01 C01).

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

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 si se encontraba en la prohibición de traslado, ya que 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 la AFP Porvenir SA, el 12 de enero de 2000, y si bien en el formulario de vinculación n.º 01294691 (pág. 56 *ídem* y pág. 30 arch. 05 subcarpeta 01 C01), 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, 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 supe 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 hubiere 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 la *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 12 de enero de 2000 con la suscripción del formulario de vinculación a la AFP Porvenir SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto al asunto objeto del recurso, es preciso señalar que 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, tal como lo resolvió la primera instancia, por lo que se **confirmará** también en este punto la decisión.

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.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de octubre de 2022, por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErK_nsUmNLZPic46K7FPr0MBXfca-9DE3oksIOL2aHeLtA?e=qZQqR8

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: **30048fdb31519577291477df53dbdaa860b5791f0b21abb496c67cf95ef54680**

Documento generado en 27/07/2023 10:21:06 AM

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

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