



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUCRECIA ZAMORA BUSTOS
Demandada: SERVIASEO S.A.
Radicado No.: 33-2019-00320-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lucrecia Zamora Bustos, instauró demanda ordinaria contra Serviaseo S.A., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de marzo de 2005 hasta el 31 de octubre de 2018 el cual fue terminado sin justa causa con ocasión a sus patologías médicas, y como consecuencia de lo anterior se condene al reintegro sin solución de continuidad, pago de salarios, cesantías junto con sus intereses, primas de servicio, vacaciones, aportes a pensión dejados de percibir desde su desvinculación y hasta su reintegro, así como la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación y costas del proceso. De manera subsidiaria, que se reconozca la indemnización regulada en el artículo 64 del C.P.T. debidamente indexada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló en síntesis que se vinculó laboralmente al servicio de la demandada inicialmente mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde 22 de marzo de 2005, para desempeñar el cargo de oficios varios, con una asignación básica de un salario mínimo mensual legal vigente para cada año. Explicó que durante la vigencia de la relación le hicieron firmar múltiples contratos de trabajo bajo la modalidad por duración de la obra o labor contratada, pero que siempre prestó sus servicios como trabajadora de oficios varios en favor del Consejo Superior de la Judicatura en los Juzgados de Zipaquirá, hasta que el 12 de octubre de 2018 la encartada le notificó la terminación de la obra o labor con fecha de retiro a partir del 31 de octubre de 2018.

Manifestó que la terminación del contrato se hizo sin justa causa, dado que no se tuvieron en cuenta sus patologías médicas, recomendaciones y terapias de rehabilitación, pese a que eran de pleno conocimiento de la demandada, pues fue objeto de un procedimiento quirúrgico el 27 de marzo de 2017 del cual surgieron incapacidades, controles médicos, terapias y en general estaba en tratamiento médico para su rehabilitación. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas y frente a los supuestos

fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 4°, 5°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 24° y 28° y, en cuanto a los demás señalaron no ser ciertos o no constarle. En su defensa argumentó que entre las partes existieron diferentes contratos de trabajo a través de la modalidad de obra o labor contratada y que fueron debidamente liquidados a la terminación de la obra contratada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Precisó que como quiera que el vínculo terminó según lo dispuesto en el literal d, del artículo 61° del C.P.T., subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990, no era obligación contar con la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, ante la existencia de una causal objetiva.

Manifestó que, al momento de terminar la relación contractual, la señora Zamora no se encontraba incapacitada, con recomendaciones vigentes y/o no tenía conocimiento de alguna condición médica particular, pues no le fue notificado lo propio; que incluso dio la orden para la práctica del examen de egreso pero que desconocía el resultado del mismo. Sumado al hecho que no se contaba con dictamen proferido por EPS, ARL o Junta Regional de Calificación de Invalidez con algún diagnóstico en particular, calificación de origen o porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó: “pago de los derechos legalmente causados a la demandante Lucrecia Zamora Bustos”, “inexistencia de los presupuestos que imponen el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada respecto de la demandante Lucrecia Zamora Bustos”, “inexistencia de las obligaciones laborales que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi representada Serviaseo S.A. y a favor de la demandante Lucrecia Zamora Bustos”, mala fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de septiembre del 2023, en la que el fallador absolvió a la demandada y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia de la estabilidad laboral reforzada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación se propuso verificar si entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido del 22 de marzo de 2005 al 31 de octubre de 2018 para desempeñar el cargo de oficios varios en favor del Consejo Superior de la Judicatura – Juzgados de Zipaquirá devengando un salario mínimo legal mensual vigente, así como establecer las causas que dieron terminación al vínculo laboral y así determinar si la demandante es sujeto de estabilidad laboral reforzada y por tanto si la terminación del contrato requería autorización previa por parte del Ministerio de Trabajo, consecuentemente, dilucidar si la terminación fue ineficaz y en caso afirmativo si hay lugar al reintegro, así como pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, al igual que la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de manera subsidiaria determinar si hay lugar a la indemnización por el despido sin justa causa.

Concluyó en primer lugar, que no se estaba en presencia de un contrato de trabajo a término indefinido, y que no había lugar a modificar la modalidad contractual, pese a los múltiples contratos de obra o labor suscritos entre las partes, por cuanto los mismos estaban supeditados a la fecha de terminación del contrato existente entre la demandada y el Consejo Superior de la Judicatura Sede Zipaquirá y la libertad de las partes de pactar los términos de contratación.

Paso seguido, citó la Ley 361 de 1997 en el sentido de indicar que la misma regula la figura de la estabilidad laboral reforzada, indicó que en la actualidad existen dos posturas frente a quienes ostentan o no dicha protección, por un lado la de Corte Constitucional que indica que basta con la acreditación de algunas circunstancias que dificulten la

prestación personal del servicio por parte del trabajador, y por el otro el de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que supedita la protección a la existencia de una calificación de pérdida de la capacidad laboral; aduciendo que para resolver el problema jurídico acogería la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Precisado lo anterior, señaló que, con base en la línea jurisprudencial adoptada, se debía i) probar que la condición médica dificultaba sustancialmente el desempeño de las labores de la trabajadora, ii) que la misma circunstancia era conocida por el empleador y iii) que no existiera causal objetiva para la terminación de la relación. Seguidamente hizo un recuento de los medios probatorios allegados al plenario y los practicados.

Consideró que, en efecto la demandante presentaba ciertas patologías asociadas con una tendinosis, artrosis, síndrome del túnel del carpo, entre otras dolencias, que en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca se tomó como base documentos sobre la condición médica para los años 2019 a 2021, pero que a la fecha de terminación del vínculo no se contaba con incapacidades o recomendaciones médicas vigentes, por lo que consideró que si bien presentaba ciertos diagnósticos, los mismos no la imposibilitaban para prestar sus servicios, concluyendo que al momento de dar por fenecido el vínculo laboral no era necesario que mediara autorización por parte del Ministerio de Trabajo.

A su vez, sostuvo que el conocimiento de la condición médica de la señora Zamora Bustos era de pleno conocimiento de su empleador, pero que en todo caso existió una causal objetiva para la terminación de la relación laboral, que no es otra que la finalización del contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandada y el Consejo Superior de la Judicatura, sustentando su conclusión en las pruebas documentales –contratos allegados- y por cuanto en todo caso Serviaseo S.A. en su oportunidad dio la posibilidad a la activa de continuar laborando, pero en la ciudad de Bogotá; a lo cual según propio dicho de la demandante se negó, por el desplazamiento en el servicio público a otra ciudad; por lo que determinó que el contrato terminó por una razón objetiva y sin que mediara una situación discriminatoria.

Frente a las pretensiones subsidiarias, sostuvo que los contratos de trabajo de la demandante estaban supeditados a la obra para la cual fue contratada, y que como quiera que el contrato entre el Consejo Superior de la Judicatura y la demandada finalizó para 2018, no había lugar a la indemnización por el despido sin justa causa y absolvió a Serviaseo S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

4. Impugnación y límites del ad quem Inconforme con lo anterior, la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que se equivoca el juez de primer grado toda vez que, no realizó un pronunciamiento sobre la pretensión de declarar la existencia de un contrato realidad, pues ante la continuidad de contratos desde 2005 a 2018, lo procedente era concluir que se estaba en presencia de un vínculo de trabajo a término indefinido. Que si bien la parte demandada en su interrogatorio sostuvo que no tenía más contratos para ejecutar en la ciudad de Zipaquirá y por ello ofreció un traslado a la ciudad de Bogotá, ello no correspondía a la realidad, pues para la fecha la sociedad estaba prestando sus servicios a las sedes de la Fiscalía y Cámara de Comercio domiciliadas en esa municipalidad; por lo que se erró al tener por cierto ese dicho sin mediar alguna prueba documental que soportará lo propio, pero que en todo caso la confesión del representante legal daba cuenta que eran conocedores de las afecciones de la señora Zamora y en consecuencia está amparada bajo la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Seguidamente, presentó su inconformidad al considerar que sí gozaba de una estabilidad laboral reforzada, pues las dolencias patológicas iniciaron en 2015 que, si bien no contaba con incapacidades médicas vigentes, lo cierto es que tenía recomendaciones médicas de 2017 y 2018, siendo las últimas hasta octubre de 2018, que el 12 de octubre de esa misma anualidad le prescribieron terapias físicas de rehabilitación hasta el 24 de octubre, circunstancias que a su criterio dan certeza de la condición protectora y en consecuencia era procedente el reintegro sin solución de continuidad, así como el pago de sus derechos salariales dejados de percibir.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que, por la naturaleza del contrato de trabajo, éste no obedecía a una obra o labor contratada, máxime cuando el cargo es inherente y permanente para el desarrollo del objeto social de la sociedad y no se establece la fecha de finalización de la obra, por lo que se entiende a término indefinido. Indicó que la causal alegada para finalizar la terminación del contrato de trabajo no se ajusta, ni le es aplicable a la naturaleza del vínculo, lo que lleva a concluir forzosamente la culminación del laborío fue sin justa causa.

Indicó que la terminación del vínculo laboral fue debido a un despido sin justa causa por un accionar discriminatorio a consecuencia del estado de salud de la trabajadora, el cual siempre fue de pleno conocimiento de su empleadora, tal y como quedo suficientemente demostrado con los medios de convicción arrimados al plenario.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que entre la empresa y el Consejo Superior de la Judicatura celebraron diferentes contratos de prestación de servicios, en virtud de las diferentes licitaciones realizadas y algunas de ellas adjudicadas para la prestación del servicio de aseo y cafetería, que dieron lugar a los contratos de trabajo, por lo que carece de cualquier fundamento fáctico, jurídico y probatorio la pretensión orientada a la declaración de un contrato a término indefinido, máxime cuando obra confesión de la demandante frente a la culminación del laborío que se produjo por la terminación de la obra o labor contratada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al colegir que entre el demandante y la sociedad accionada existieron múltiples contratos de trabajo por obra o labor contratada y no concluir que dicha vinculación fue única e ininterrumpida?; ii) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, iii) ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

3. Relación laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor como empleada del

servicio de aseo que efectuó la demandante al momento en que fue finalizado el nexo contractual.

4. Unicidad contractual. La parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no a través de múltiples vinculaciones, como lo coligió el juez primigenio. En consecuencia, se entrará a verificar por la Sala si existe unicidad en el nexo contractual, como lo sostiene la activa desde el libelo introductor.

Sobre el particular, ciertamente aparece probado que las partes celebraron varios contratos de trabajo por obra o labor contratada, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribieron así:

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
Obra o labor contratada	11/05/2008	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS04-08 (Fl 407 y ss)	10/05/2009	terminación de la obra (fl 428)
Obra o labor contratada	11/05/2009	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS03-09 (Fl 358 y ss)	10/05/2010	terminación de la obra (fl 429)
Obra o labor contratada	11/05/2010	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Adición No 5 Contrato Lic01PS03-09 (Fl 396 y ss)	19/12/2010	terminación de la obra (fl 430)
Obra o labor contratada	11/01/2011	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS05-11 (Fl 294 y ss)	10/01/2012	terminación de la obra (fl 431)
Obra o labor contratada	11/01/2012	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS05-11	19/12/2012	terminación de la obra (fl 432)
Obra o labor contratada	20/12/2012	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS05-11	30/10/2013	terminación de la obra (fl 433)
Obra o labor contratada	01/11/2013	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato N°01-13 (fl 174 y ss)	30/10/2014	terminación de la obra (fl 434)
Obra o labor contratada	01/11/2015	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS03-15 (fl 232 y ss)	19/12/2015	terminación de la obra (fl 435)
Obra o labor contratada	12/01/2016	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS01-16 (fl 194 ss)	30/10/2016	terminación de la obra (fl 436)
Obra o labor contratada	01/11/2016	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Contrato Lic01PS01-16 (fl 194 ss)	30/10/2017	terminación de la obra (fl 437)
Obra o labor contratada	01/11/2017	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá	25/03/2018	terminación de la obra (fl 438)
Obra o labor contratada	2/04/2018	Oficios varios Consejo Superior de la Judicatura – Zipaquirá / Orden compra 214328	30/10/2018	terminación de la obra (fl 439)

De acuerdo con la relación de las vinculaciones laborales referenciadas en precedencia, entre las partes existieron sendos contratos de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada de los que sobresale con total claridad la determinación de la obra, el finiquito de cada contrato, su liquidación y el nacimiento del otro. En ellos, se observa que la causa de terminación de cada contrato fue el cambio del objeto, es decir, la finalización de la obra y el comienzo de otra, lo que hace disímil la vinculación jurídica que pretende el recurrente, pues se identifica que cada contrato surgió a la vida con ocasión a los distintos contratos de licitación que fueron suscritos con el Consejo Superior de la Judicatura.

Por consiguiente, para la Sala los reproches que hace la recurrente frente a la decisión de primera instancia no cuentan con vocación de prosperidad, en tanto que de los medios de persuasión anotados se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada por sendos contratos laborales por obra o labor contratada, los cuales, aunque ciertamente fueron múltiples, como lo afirma la censura, su vigencia dependía de las circunstancias que rodeaban la prestación del servicio de la activa, lo cual marcaba con claridad su objeto y de contera su finalización, por lo que es claro que el vínculo jurídico, como ya se dijo, se quebrantó.

En la perspectiva anotada, el haz probatorio da cuenta que entre las partes existieron diferentes relaciones laborales cada una de forma independiente, en tanto que en estas se pactaron expresamente que el vínculo duraría mientras persistiera la obra para la cual fue contratada o el término del plazo fijo pactado, por tanto, la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; suscripción amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo para esta Corporación que la accionante quien los suscribió, pretenda ahora desconocerlos a través de esta vía judicial, sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, ni la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor o en su defecto, que sus cláusulas adolezcan de nulidad o contuviera objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos, no pueden ser desechados por ninguna de las partes.

Es del caso anotar que ninguna de las pruebas que se allegaron a este juicio lograron evidenciar que la empleadora pretendió menoscabar o burlar derechos laborales al actor, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que la suscripción de los contratos de trabajo provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como lo dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Y es que en lo que respecta a las pruebas practicadas, la recurrente aceptó que su vinculación estaba atada a la necesidad que tuviese la sociedad demandada de contar con sus servicios, luego no encuentra este Tribunal que el Juez de primera instancia haya incurrido en algún yerro al concluir la eficacia de los contratos de trabajo por obra o labor contratada, así como sus prórrogas y avisos sobre su finalización por la culminación de la actividad contratada, los cuales surtieron los efectos pretendidos, si se tiene en cuenta que la verdadera intención de las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era la de continuar con los vínculos laborales, sino, por el contrario, terminarlos, intención que estuvo presente y se materializó.

Conforme a lo anterior, es claro que en el presente caso no se dio la existencia de un solo contrato a término indefinido, en la medida que el actor siempre se vinculó a través de sendos contratos de trabajo por obra o labor contratada, en los que se liquidaron las prestaciones sociales y vacaciones, de allí que la Sala deba mantener incólume la decisión que tomó la A quo en tanto que no se equivocó al colegir la inviabilidad de la pretensión declarativa relacionada con la modalidad contractual celebrada entre las partes.

Por lo dicho, se sigue confirmar, en lo que hace a este punto de apelación, la sentencia de primer grado.

5. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Serviaseo S.A. actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 31 de octubre de 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijo algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
² T-589 de 2017.
³ T-284 de 2019.
⁴ T-118 de 2019.

Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Así mismo, la alta corporación de justicia Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laboró; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- "1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.*
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.*
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.*
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.*
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador"¹⁰.*

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si

⁵ T-372 de 2012.
⁶ T-494 de 2018.
⁷ T-041 de 2019.
⁸ T-116 de 2013.
⁹ T-703 de 2016.
¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

en lugar de asignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Posición que no resulta ser contradictoria a la nueva postura que ha sido acogido en el seno de la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en las CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023, en donde se ha señalado lo siguiente:

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso".

Más adelante refirió la alta corporación:

"Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la

protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral”.

5.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que, para el 31 de octubre de 2018, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías calificadas como de origen común por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen No. 35402143-527 del 25 de enero de 2022, denominadas artrosis primaria generalizada, artritis reumatoide, no especificada, síndrome de manguito rotatorio y síndrome del túnel carpiano sobre las cuales recibió tratamiento médico desde 2017 -pese a que en el dictamen solo se tuvieron en cuenta las historias clínicas de 2021 y 2022-, pues la Sala no desconoce que al plenario se allegaron diferentes historias clínicas entre las que se destaca la del 27 de marzo de 2017 que acredita la práctica de los procedimientos quirúrgicos “*acromioplastía por artroscopia*”, “*sutura del manguito rotador por endoscopia*” y “*tenotomías en hombro*” (PDF 01 ExpedienteDigitalizado FI38 y ss), así como la incapacidad conferida por el diagnóstico de síndrome del manguito rotatorio desde el 26 de abril al jueves 25 de mayo de 2017 (PDF 01 ExpedienteDigitalizado FI 41 a 42).

De hecho, del citado acopio probatorio se logra extraer que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la IPS A&G Servicios de Salud, a través de su comisión laboral, expidió recomendaciones médicas y laborales el 4 de enero de 2017, por el término de 6 meses, que consistieron no realizar actividades que implicaran movimiento de elevación del brazo por encima de 90 grados, levantar o empujar cargas superiores a los 5kg, cargar pesos colgando de las extremidades, entre otras (Expediente digital, PDF01ExpedienteDigitalizadol, págs. 35 a 36). Recomendaciones que fueron igualmente renovadas por la EPS Sura el 30 de abril de 2018 por el término de 6 meses (Expediente digital, PDF01ExpedienteDigitalizadol, págs. 53 a 54), por lo que, teniendo en cuenta estos documentos, se tiene que las recomendaciones estaban vigentes hasta el 31 de octubre de 2018, esto es, a la fecha de terminación del contrato y evidentemente, a la fecha de notificación del finiquito laboral -12 de octubre-.

Por otro lado, la Sala no puede hacer caso omiso al dictamen de pérdida de capacidad expedido con posterioridad al finiquito laboral, y que fuera proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que demuestra que la señora Zamora Bustos cuenta con una mengua laboral del 52.95% y fecha de estructuración 9 de septiembre de 2019, pues si bien su sustento médico se tomó a partir de los antecedentes médicos de abril de 2018, los mismos tienen plena validez, pues sirven de sustento de las patologías que previamente padecía la promotora y que perduran en el tiempo (SL3291-2022, que reiteró las sentencias SL711-2021 y SL3846-2021). (Expediente digital PDF10DictamenJuntaRegional).

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en

condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontrara con recomendaciones médico laborales y en tratamiento médico dada las patologías que se catalogaron de origen común; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque la promotora al momento de la finalización del vínculo laboral no tuviera un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de controlador de calidad, como erradamente lo coligió el Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por nuestras altas corporaciones de justicia tanto ordinaria como Constitucional, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por la accionante le impidieron o dificultaron ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud y con una calificación de pérdida de capacidad laboral del 52.95%, acotando que si bien tal porcentaje fue definido con posterioridad al desahucio laboral, las evidencias médicas que llevaron a los calificadores a fijarlo provinieron del historial médico registrado desde el año 2017 (SL3291-2022, que reiteró las sentencias SL711-2021 y SL3846-2021), de allí que es claro que presentaba dificultad al ejecutar su labor; (iii) circunstancia esta que también se corrobora con el historial clínico ocupacional, que informa que aquella mantenía deficiencia en su salud significativa, dado que se expidieron las respectivas recomendaciones médicas que se citaron en precedencia; cuyos exámenes, procedimientos, así como el histórico médico de la promotora del proceso era de conocimiento de la pasiva, aspecto que cumple precisar no fue un hecho desconocido por ésta en la contestación de la demanda, pues aceptó tener conocimiento frente a los procedimientos quirúrgicos practicados a la demandante, así como la expedición de incapacidades, recomendaciones laborales y programación de terapias de rehabilitación - aceptación hechos 14, 15, 16, 17, 20 y 24-; (iv) precisando que no existe manifestación alguna del representante legal de la pasiva, en el interrogatorio de parte tendiente a descartar su conocimiento frente a las patologías de la señora Zamora, pues incluso aceptó el hecho de acatar las recomendaciones laborales —(minuto 34:47 audiencia 1º de octubre de 2020), así como el conocer de las mismas y de las incapacidades que le fueron debidamente radicadas (minuto 39:03 audiencia 1º de octubre de 2020).

De lo hasta aquí analizado y sin necesidad de acudir a otro medio probatorio, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por la demandante sí se vieron afectadas por sus patologías, cuyo conocimiento era del empleador y en esa medida razón le asiste a la censura cuando endilga la existencia de un desatino en la sentencia primigenia al dejar sentado que no se encontraba amparada por la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

Ahora, si bien la demandada ejerce su defensa bajo el argumento que la terminación se dio por una causal objetiva, con ocasión a la terminación de la obra o labor contratada por el finiquito del contrato suscrito entre Serviaseo S.A. y el Consejo Superior de la Judicatura, lo cierto es que, de cara a las afectaciones en la salud de la trabajadora, mismas que eran conocidas por el empleador y que sin dubitación alguna incidieron en su desempeño laboral, la encartada tenía la obligación de poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente, que las causas y necesidades del empleador que llevaron a la contratación de aquel no subsistieron, y además que existía imposibilidad física y material para reubicar a la accionante en otro cargo, para efectos de que aquella

autorizará el finiquito del vínculo laboral, de manera que, ante tal omisión, se impone presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Zamora Bustos.

No se puede desatender la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en la que se ha dejado sentado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón suficiente para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito de lo discernido, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones.^[18]

Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,^[19] con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (...)

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."

Y, en las sentencias T-263 de 2009, T-386 de 2020 y T-035 de 2022, se consideró que:

"cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación¹¹. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado¹²."

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es clara la equivocación del sentenciador de primer grado al colegir que existía una razón objetiva en el finiquito laboral.

Conforme a lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro de la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

¹¹ Sentencia T-1083 de 2007.

¹² Sentencia C-016 de 1998.

En esa medida, sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su desvinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará.

5.2 Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago “sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En ese sentido, basta con traer a colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[\[95\]](#) De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.” (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$4.687.452**, teniendo como salario el mínimo mensual legal vigente para 2018.

Indemnización 180 días de salario				
Año	Salario mensual	Salario diario	Días	Valor
2018	\$ 781.242	\$26.041,4	180	\$4.687.452
Total				\$4.687.452

5.3 Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 31 de octubre de 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

6. Costas. En ambas instancias a cargo de Serviaseo S.A. y a favor de la demandante, de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar a la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a **SERVIASEO S.A.** al reintegro de **LUCRECIA ZAMORA BUSTOS**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre 31 de octubre de 2018 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **SERVIASEO S.A.** a pagar a **LUCRECIA ZAMORA BUSTOS** la suma de **\$4.687.452** por concepto de indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: CONFIRMAR lo expuesto en sentencia proferida el 11 de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en lo que se refiere a la modalidad contractual de la demandante, teniéndose para todos los efectos que operaron contratos por obra o labor contratada y no un contrato a término indefinido.

QUINTO: REVOCAR el ordinal 4º de la sentencia confutada, para en su lugar **CONDENAR** en costas en ambas instancias a la parte demandada. Las de primera tásense por el A quo.

La presente providencia se notifica a las partes en estados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **LUCRECIA ZAMORA BUSTOS** y a cargo de la demandada **SERVIASEO S.A.**, en la suma de \$5.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RENE ENRIQUE GUTIÉRREZ MIER
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 43-2023-00047-01
Tema: INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rene Enrique Gutiérrez Mier instauró demanda ordinaria contra AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare que la encartada no brindó información veraz al momento del traslado y por tanto atentó contra el deber de información. En consecuencia, pidió a su favor el pago del lucro cesante consolidado por valor de \$202.022.988, correspondientes a las diferencias pensionales dejadas de percibir desde el momento en que adquirió su estatus de pensionado; lucro cesante futuro que concierne a las diferencias en pesos colombianos, al valor superior de las mesadas pensionales sucesivas a las que tendría derecho de haberse pensionado con el Régimen de Prima Media.

De manera subsidiaria pidió la suma de \$462.333.676 correspondiente al lucro cesante consolidado, más la diferencia de la proyección de las mesadas pensionales que dejará de percibir a partir del 1º de abril de 2023 al 10 de enero de 2030, de acuerdo con la proyección de vida emitida por el DANE. En todo caso solicitó el pago de la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 10 de enero de 1955 y efectuó cotización al régimen de prima media administrado por el ISS desde abril de 1977 hasta junio de 1997, dado que se trasladó al RAIS, iniciando a realizar aportes en el mes de enero 1999 a la AFP codemandada, quien desde su afiliación no brindó información clara y eficaz sobre su situación pensional y su posible proyección en uno y otro régimen, de manera que asintió su vinculación con base en la mínima información brindada por el asesor. Explicó que la afiliación se mantuvo vigente con la AFP demandada hasta la fecha en que se pensiona, esto es, en el año 2005, por lo que hoy goza de una mesada pensional de \$1.578.280. (Expediente electrónico, PDF. 01Demanda20220513)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial argumentando que al momento de la vinculación del accionante, la entidad brindó una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del Régimen de Ahorro Individual, así como sus características, requisitos y la forma de acceder la pensión en el

mismo, además, explicó sus diferencias con el régimen de prima media, impartiendo todos los conocimientos necesarios para que su decisión de vincularse a la AFP y al régimen se dieran de manera libre, consciente e informada, tal y como constata del formulario suscrito por el mismo.

Indicó que comoquiera que la parte demandante pretende una condena de naturaleza indemnizatoria, la misma debe revisarse a la luz de la responsabilidad civil teniendo en cuenta la totalidad de los elementos que regula la legislación civil, mismos que no se encuentran demostrados, pues no hay una conducta o hecho culposos imputable a la AFP, tampoco prueba del daño o perjuicio, ni el nexo de causalidad, según el cual, el daño debe ser consecuencia del comportamiento del demandado.

Atinente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 3°, 7°, 11° y 22°, parcialmente el enlistado en el numeral 8° y frente a los demás dijo no ser ciertos o constarle. Formuló las excepciones previas de prescripción y falta de jurisdicción y competencia y como de mérito las que denominó proyección pensional efectuada por la parte actora no se corresponde con la realidad, cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP Protección, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, culpa del demandante, prescripción, compensación y pago, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y genérica. (Expediente electrónico, PDF.

10SubsanaciónContestación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de septiembre de 2023, en la que la falladora de primer grado declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y, en consecuencia, absolvió a la encartada de todas y cada una de las obligaciones incoadas en contra de la encartada, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva, se propuso a verificar si el traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual del actor no fue consentido por no tener la información clara, completa, comprensible y transparente; de ser así, si la demandada debe reconocer la indemnización de perjuicios a él irrogados por falta del deber de información.

Con tal propósito citó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, así mismo, las sentencias SL1947 de 2017, SL4964 de 2018 y SL1949 de 2021, para significar que el deber de información completa y comprensible debe brindarse al posible afiliado que pretende trasladarse de régimen pensional, a quien se le debe indicar sobre las características de los dos regímenes pensionales junto con las consecuencias que dicho traslado le ocasiona con el fin de que pueda tomar una decisión informada, la cual se concibió desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y la existencia de las administradoras de fondos de pensiones.

Bajo ese norte, una vez aludió a los medios probatorios obrantes en el proceso, precisó que el accionante se vinculó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A. el 3 de octubre de 1997, por lo que debió la encartada allegar los medios probatorios que dieran cuenta de la información pertinente y necesaria entregada a aquel, para dicho momento, carga probatoria que en el plenario tuvo por no cumplida, en la medida que es inexistente algún elemento de prueba que dé cuenta del cumplimiento del deber de información, siendo que el formulario de afiliación no deviene útil para ese efecto.

Consideró que el traslado no se efectuó de manera libre y consciente, pues no conoció de las implicaciones que generaba la vinculación al fondo de pensiones y si dicho cambió le

reportaba beneficios a sus intereses pensionales, lo cual genera la ineficacia del acto del traslado al RAIS efectuado por el demandante, pero como quiera que en el presente caso ello no es viable, ya que AFP Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el 7 de febrero de 2005, lo procedente es la indemnización plena de perjuicios, conforme a las reglas del derecho común.

Así las cosas, se adentra al análisis de la indemnización de perjuicios solicitada, esto es, lucro cesante futuro y consolidado, para lo cual indicó que este se materializa frente a la diferencia de lo dejado de percibir entre lo que devenga de mesada pensional en el RAIS y el valor que le hubiere correspondido por el mismo concepto en el régimen de prima media. Hizo alusión a la misiva de reconocimiento pensional, la cual fue sustentada bajo la premisa de la Ley 100 de 1993, además, indicó que para la fecha en que entró a regir el sistema general de pensiones, no era beneficiario del régimen de transición en los términos del artículo 36 *ejusdem*, por ende, su régimen pensional es el previsto en el artículo 33 de la misma disposición, modificado por la Ley 797 de 2003.

Explicó que el actor debía contar con 1.300 semanas y 62 años, para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que teniendo en cuenta que para el año 2004 aquel tan solo tenía 1.150 semanas, es claro que no cumplía con los requisitos para acceder a la citada prestación económica, de allí que no consolidó el derecho pensional y, por ende, tampoco acreditó el daño o perjuicio sufrido, de lo que concluía que no demostró uno de los presupuestos para acceder a la reparación de perjuicios.

Indicó que en todo caso de haber llegado a la conclusión de que el perjuicio o daño se encuentra acreditado, el resultado de la sentencia sería la misma, dado que el derecho a reclamar la reparación estaría prescrito, de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y C.P.T. y de la S.S., ya que el reconocimiento pensional se dio el 7 de febrero de 2005 y la presentación de la demanda se efectuó el 28 de abril de 2023, es decir, cuando ya transcurrió el término trienal previsto.

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico: (i) ¿Se configuran los elementos esenciales de la responsabilidad civil o la acción indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios, a saber, la existencia del daño sufrido, la culpa atribuible al agente y el nexo causal que vincula el daño con la conducta del mismo? En consecuencia, ¿el demandante tiene el derecho al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales tal como fueron solicitados en la demanda?

3. Afiliación, cotización y traslado. La Sala determina que no está sujeto a debate, ya que se encuentra debidamente probado en el expediente y no ha sido impugnado por las partes, los siguientes hechos fácticos: (i) El actor cotizó al ISS, hoy Colpensiones, desde abril de 1977 hasta el 30 de junio de 1997, según la historia laboral proporcionada por la AFP demandada, dado que realizó traslado a la AFP Protección S.A., mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 0723912 el 3 de octubre de 1997. (ii) El

demandante está pensionado en el régimen de ahorro individual desde el 7 de febrero de 2005, bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada inicial de \$516.209 para dicha fecha. (Expediente electrónico, PDF. 07ContestaciónProtección, págs. 29 y s.s.).

4. Indemnización plena de perjuicios. En relación con este tema, es fundamental recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, mediante la sentencia SL373-2021, abandonó el criterio establecido en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en lo que respecta a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado. Se argumentó que se trata de una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer"*, en tanto que dicha acción conllevaría a *"disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y, por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"* (CSJ SL373-2021).

No obstante, la sentencia precisó que esto no impide que un pensionado que se considere lesionado en sus derechos pueda buscar reparación. Se invocó el principio general del derecho que establece que quien comete un daño por culpa está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por lo tanto, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, como resultado, sufrió perjuicios en la cuantía de su pensión *"tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora"*.

En consonancia con esta posición, la providencia SL1309-2021 hace eco de lo expuesto en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS, en razón a que para dichos afiliados no se requiere el haber cumplido un determinado número de años (art. 64 L100/93). En este sentido, se estableció que la calidad de pensionado en el RAIS se adquiere cuando el afiliado elige la modalidad pensional (art. 79 L. 100/93), actuación que es parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión y, escogencia de la cual no se puede desligar.

Respecto al tema de la reparación de perjuicios, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha dejado claro que esta acción no es ajena al derecho laboral. Incluso, en un caso donde se solicitaban perjuicios morales a cargo de una AFP por la demora en resolver una situación pensional, la Corte consideró que el tribunal se equivocó al denegar la pretensión, ya que el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen (Radicación 35795 de 2010), y en esa dirección apuntaló:

"Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen".

Así las cosas, colige la Sala que, desde las honduras de lo jurídico procesal, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, bien sea de manera directa o principal o subsidiaria a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende de manera principal que se reconozca a cargo de AFP Protección S.A. a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida.

En el caso específico que nos ocupa, no existe controversia respecto al estatus de pensionado del demandante en el régimen de ahorro individual a partir del 16 de marzo de 2005, bajo la modalidad de retiro programado. Lo anterior conllevó a que el demandante le otorgara facultades a la AFP el 31 de octubre de 2013 para negociar el bono pensional en la Bolsa de Valores por un valor nominal de \$74.667.000. Este proceso se llevó a cabo al haber solicitado de forma anticipada la pensión de vejez en la fecha de redención del bono.

Por lo tanto, la evaluación se centra en determinar si se ha ocasionado un daño al demandante que deba repararse debido a la culpa o negligencia de la AFP.

Frente al tema de la reparación del daño, vale resaltar lo dicho en la sentencia SL924 de 2018, que a su vez replica la sentencia de radicado No 357222 de 2009, en la que se expresa:

*"Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado**". (Negrilla fuera del texto).*

Y en lo que respecta los perjuicios reclamados de quien ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, la misma Corporación, consideró:

*"Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar**". (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de la aplicación supletoria del artículo 19 del C.S.T., que constituye uno de los principios torales del mismo compendio normativo, viene a propósito colacionar los predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

"El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).

En otras palabras, «es 'todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad'» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez 'tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. n.º 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).»

A partir de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos, resulta imperativo determinar frente al hecho del traslado de régimen pensional, si en el presente asunto existió una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, que le hubiese permitido al afiliado comprender los riesgos inherentes y los beneficios asociados (SL 1897-2019). No obstante, se observa que la AFP solo presentó el formulario de afiliación y otra documentación posterior al traslado, empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada.

La falta de explicitación, tanto de los beneficios como de las posibles consecuencias adversas del traslado de régimen, antes de llevarse a cabo dicho traslado, es particularmente notable. Más aún, la convocada al juicio enfila su defensa en que no contaba con respaldo documental para la fecha del traslado, ya que la información se transmitía verbalmente. Esta práctica va en contra de lo establecido en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo con los requisitos que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que es crucial proporcionar asesoría integral efectiva en el momento del traslado, detallando las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuar aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que no se trata solo de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr en lo futuro una pensión que mejor se acompase con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral, lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP accionada.

Establecida la existencia de culpa por parte de la AFP demandada debido a la carencia de información cualificada, la Sala procede a verificar si esta omisión causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada

pensional del actor. Este aspecto no encuentra demostración en el presente asunto, tal y con acierto lo concluyó la A quo y se explicará a continuación.

Antes de trasladarse a AFP Protección S.A., el demandante no era beneficiario del régimen de transición, debido a su edad de 39 años al 1° de abril de 1994 y a su falta de 15 años o más de servicio, en razón de haber nacido el 10 de enero de 1955 y contar con 3.737 días, equivalentes a 10.23 años, situándose fuera de los límites normativos establecidos, para ser para ser beneficiario de dicho régimen y, por ende, de la norma que lo regía previa a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, al no ser beneficiario del régimen de transición, resulta claro que la norma que rige la situación del actor es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003. Esta normativa establece que para el reconocimiento de la pensión de vejez se requiere el cumplimiento de 55 años en el caso de las mujeres o 60 años en el caso de los hombres. A partir del 1° de enero de 2014, la edad se incrementará a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. Además, exige haber cotizado un mínimo de 1,000 semanas, incrementándose en 50 semanas a partir del 1° de enero de 2005 y en 25 semanas a partir del 1° de enero de 2006, hasta llegar a 1,300 semanas en 2015.

En este contexto, el promotor de la Litis cumplió con el requisito de edad de 62 años el 10 de enero de 2017. Sin embargo, en cuanto al cumplimiento de la densidad de semanas de cotización, solo cuenta con 1,154, siendo su última cotización en diciembre de 2004. Por lo tanto, resulta evidente que al no tener derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, tampoco experimentó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional. De esta manera, no se configura el elemento basilar constitutivo de la responsabilidad de la AFP: el daño, con su particular carácter de ser *"directo y cierto"* y no simplemente *"eventual o hipotético"*.

Es relevante recordar la doctrina establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021) respecto a la concreción del daño, destacando que *"el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado"*. A pesar del incuestionable incumplimiento por parte de la AFP en proporcionar información detallada e íntegra antes del traslado de régimen pensional, lo que resultaba determinante para el consentimiento, la permanencia y, el pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, dicho incumplimiento no le privó al afectado de la oportunidad de pensionarse en mejores condiciones dentro del régimen de prima media con prestación definida. Este tipo de daño, conocido en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como *"pérdida de oportunidad"*, se considera reparable, dentro de las siguientes condiciones:

"La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a "la pérdida de una oportunidad" como "la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio" y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que "[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)"

No sobra precisar que la carga de la prueba, en términos del artículo 167 de C.G.P., recaía en la parte actora quien debía demostrar la responsabilidad que demanda, situación que no se entrevé en el presente asunto, ya que no se logró probar el menoscabo o detrimento del interés jurídico, es decir, la irrogación del perjuicio o daño, lo que supone que al no estructurarse uno de los dos presupuestos, es decir, el daño, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposos la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Las razones expuestas son más que suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, en tanto que, es claro que no incurrió en ningún desacierto en las intelecciones que llevaron a determinar la absolución de las pretensiones incoadas en contra de la demandada. No es procedente estudiar los medios exceptivos propuestos por la encartada, dado a que no se encontró probado el derecho del actor al ser reparado íntegramente.

5. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

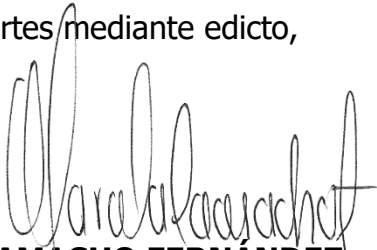
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera, se confirman.

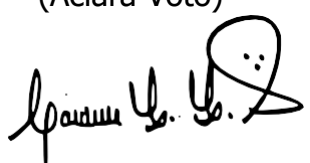
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

-01- de abril de 2024¹

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DOCTORA DIANA MARCELA CAMACHO
FERNANDEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL de RENE ENRIQUE GUTIÉRREZ MIER contra AFP
PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105 043 2023 0004701

ACLARACION DE VOTO

Frente a la condición de pensionado del demandante, debo precisar que la ineficacia del traslado opera para quienes, ostentando la calidad de afiliados en la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), hayan suscrito el respectivo formulario de traslado, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y buen consejo que le corresponde.

Postura que se acompasa con lo considerado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia CSJ SL373-2021, reiterada en CSJ SL1113-2022 y CSJ SL2176-2022, donde se estableció que si bien, por regla general, cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, lo cierto es que cuando se advierte la calidad de pensionado, no es razonable revertir o aplicar los efectos de la ineficacia del traslado, como quiera que se trata ya de una situación jurídica consolidada y un estatus jurídico, que además de revertirse conllevaría a disfuncionalidades que afectarían tanto a personas, a relaciones jurídicas, como al sistema en su conjunto. Al respecto, se enfatizó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado [...], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” CSJ SL373-2021

De igual manera, la construcción doctrinal, sobre ineficacia del traslado, según la alta Corporación, misma que la ha decantado, también ha expresado su excepción, como es la situación jurídica de reconocimiento pensional, que se comprende en esta sentencia, en términos de la construcción de categorías del Sistema de Seguridad Social y equivale al

¹ Tercer inciso Art. 279 CGP (Art. 145 CPTSS)

nacimiento de una situación jurídica que adquiere connotación propia frente al traslado sin consentimiento informado de un afiliado. Lo que no permite trasladar propiamente esta doctrina, que tiene entre su fin o teleología la garantía de lograr el derecho pensional, al litigio en donde el pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) discute sobre las diferencias entre el monto pensional en este y lo que habría correspondido en el Régimen de Prima Media (RPM).

Situación en la cual, la estructuración de culpa de la respectiva AFP en el RAIS, propiamente no deviene de las premisas que en doctrina se han establecido respecto a la ineficacia, sino a las que corresponden en torno a la responsabilidad entre contratantes e incluso por un hecho atribuible a la administradora en el RAIS, al respecto ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-1008 de 2010, en referencia al artículo 1616 del Código Civil, lo siguiente:

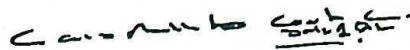
“El contenido de este precepto supone que dado que en nuestro sistema normativo el incumplimiento de las obligaciones contractuales se funda en la culpabilidad, el deudor incumplido es responsable por no ejecutar a favor del acreedor la prestación debida. El deudor será entonces responsable de su culpa, la cual se presume, y deberá indemnizar al acreedor los perjuicios directos que se previeron o debieron preverse al momento de celebrar el acto jurídico. Esta situación difiere del régimen general que el mismo código contempla en materia de responsabilidad extracontractual, en el cual no se limita la indemnización de perjuicios provocados a otro (art. 2341 y 2356 C.C.)

6.1.2. De otra parte, solo en caso de atribuirse al deudor dolo, culpa grave o culpa lata (art. 63 C.C.) este será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. De esta manera, la norma condiciona la reparación plena a los eventos de culpa grave o de malicia del deudor, la cual debe ser acreditada por el acreedor (...)

De acuerdo con esta última norma, en todo proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración del daño debe atender al principio de reparación integral. No obstante, este precepto no puede interpretarse de manera aislada dentro del ordenamiento jurídico. Es preciso incorporarlo con criterio sistemático, poniéndolo en relación con los demás principios que rigen la materia contractual como la equidad, la autonomía de la voluntad, y la orientación subjetivista de la responsabilidad contractual. De este modo, el legislador dentro del ámbito de su potestad de configuración bien puede limitar la indemnización a ciertos perjuicios o establecer determinados parámetros objetivos o subjetivos, basado en criterios de equidad y de justicia contractual.”

Razón por la cual, al no ser procedente declarar la ineficacia del traslado, por no resultar su doctrina probable aplicable en el caso de pensionados, al acompañar la providencia del asunto, resulta necesario aclarar que en torno a la culpa requerida esta no se observa derivada del incumplimiento de la carga de la prueba al alegado deudor o AFP contratante sobre el consentimiento informado y de buen consejo, tampoco de no haberse brindado

este; sin perjuicio como lo ha indicado la Máxima Corporación en esta especialidad, que cuando se trata de afiliados, tal obligación que se observa específica para un sistema de seguridad social, que pretende el aseguramiento contra el riesgo de vejez, esto es la causación de la respectiva pensión, sí resulte relevante; no para el caso de pensionados; situación en que asiste el deber del promotor de la acción de probar aquella culpa por lo menos leve (art. 63, 1604 C.C.), si deviniera de la ejecución defectuosa de la misma afiliación al RAIS, por la cual se enunciaría que no se informó al actor de qué manera en este se obtendría una mesada similar al RPM, bajo obligación expresa al respecto, y sin perjuicio de las diferencias entre estos en el transcurso de la condición de afiliado y situaciones directamente no previsibles (aunque sí con mayor diligencia del promotor de la afiliación, en el caso de afiliados donde se hace relevante la descripción de la AFP de los escenarios del monto pensional probable); o en forma extracontractual que se alegara que la AFP creó el perjuicio por la sustracción del actor al RPM, sin que tampoco se probara suficientemente el grado de negligencia o dolo (art. 2356 C.C.). Todo esto más allá de los hechos que resultan relevantes en torno a la ineficacia del traslado, pero que ya en torno a los perjuicios que se reclaman no se observa que la culpa alegada a la AFP en el RAIS se encuentre demostrada.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: 7991575506ca72349bf4d7314e9e5a6f05d8deda1a1586a685c15d9322efe071

Documento generado en 01/04/2024 05:10:28 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NELSON ENRIQUE CELY LADIÑO
Demandados: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. Y
VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO
Radicado No.: 08-2021-00102-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nelson Enrique Cely Ladiño instauró demanda ordinaria contra Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y Víctor Raúl Martínez Palacio, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 17 de julio de 2006 al 11 de abril de 2019. Como consecuencia de ello, se condene a los demandados al pago de la remuneración de media hora diaria laborada, trabajo suplementario, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, auxilio o bono no prestacional como salario, indemnización moratoria, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo desde el 17 de julio de 2006 al 11 de abril de 2019, desempeñando el cargo de operador de bus articulado, devengando un salario al inicio de la relación laboral de \$700.000 y una bonificación de \$120.000, sin que esta última haya sido incluida como factor salarial, pese a ser continua e ininterrumpida. Sostuvo que el citado vínculo se pactó en un comienzo a término fijo por un año, pero se convirtió a término indefinido por cuanto siguió trabajando de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha de terminación sin justa causa.

Expuso que como operador de bus articulado se pactó una jornada laboral de 8 horas al principio y luego 6 horas diarias, sin embargo, debía iniciar su labor media hora antes, dado a que debía realizar el alistamiento del automotor y verificar que estuviera en condiciones para la operación. Advirtió que nunca se le pagó la media hora, además, aunque en vigencia del nexo contractual laboró dominicales y festivos, empero, se registró un salario menor al que realmente devenga, lo cual incidió en el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social. (Expediente digital, PDF

02DemandaAnexos).

2. Contestación de la demanda

2.1. Víctor Raúl Martínez Palacio. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, señalando que como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante. Frente a los hechos no aceptó ninguno de estos y en su defensa propuso como excepciones previas las de indebida representación de la parte demandada e ineptitud de la demanda y como de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y genérica.

(Expediente digital, PDF 08ContestaciónVictorMartinez)

2.2. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. En su contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, indicando que los extremos de la relación laboral corresponden del 17 de julio de 2006 al 11 de abril de 2019, mismo que finalizó por la renuncia voluntaria del señor Cely. Refirió que la remuneración pagada al actor fue la pactada en el vínculo contractual, razón por la cual, nada adeuda, ya que no debía laborar “media hora diaria” adicional.

Esbozó que dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus, en tanto que el trabajo del actor era conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa, conforme a la programación de Transmilenio, sin sobrepasar la jornada del contrato de trabajo. Explicó que las prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral y vacaciones fueron liquidadas y pagadas con base en el salario devengado por el accionante, además, fueron canceladas de manera completa y oportuna.

Agregó que la bonificación pagada al actor no es salario, pues no retribuye directamente el servicio y era un pago por mera liberalidad del empleador, dado que se cancelaba por el cumplimiento grupal de las metas de la empresa. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 7º y 8º y en los demás dijo no ser ciertos. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF07ContestacionSi99)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero de 2024, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo inicialmente a término fijo y finalmente por obra o labor contratada en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2006 al 11 de abril de 2019. En consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, refirió en primera medida que no existe duda alguna de la existencia de la relación laboral y extremos temporales de la relación laboral, en tanto que estos fueron aceptados por la pasiva, de manera que el problema jurídico que debía dilucidar, en primera medida, era la modalidad contractual celebrada entre las partes, para seguidamente analizar la media hora extra solicitada y, por último, si la bonificación debía ser tenida como salario. Con tal propósito, citó in extenso los medios de convicción incorporados al proceso, para significar que lo procedente es declarar la existencia de la relación laboral entre las partes, bajo la modalidad a término fijo que varió a la de obra o labor contratada, por decisión de las partes, sin que el hecho de que el vínculo se haya mantenido en el tiempo varíe a la de indefinido, en los términos del artículo 45 del C.S.T. y en armonía al precedente jurisprudencial.

Ahora, respecto de la media hora extra solicitada comenzó por citar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para luego precisar que los testigos fueron coherentes en indicar que en ocasiones debían llegar a su lugar de trabajo

con antelación a la iniciación de su jornada laboral, para efectos del desplazamiento y practicarse la prueba de alcoholemia, entre otras cosas; sin embargo, no determinaron con claridad que días, fechas o jornada laboral debían cumplir esa hora media adicional, máxime cuando el actor indicó que le daban días compensatorios y, por tal razón, no debía trabajar esa media hora adicional. Adicionalmente, sostuvo que los testigos adujeron que la demandada contaba con el personal idóneo y especificó para adelantar el alistamiento de buses, mecánicos y personal de aseo y limpieza. Así las cosas, estimó que debía absolver a la encartada de esta pretensión, así como la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social dado que al trabajador era quien le correspondía probar la presunta media hora laborada y no procedió de conformidad.

Atinente al bono de productividad aludió a lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T. y con ello significó que la mencionada bonificación no constituye retribución o pago directo por la prestación del servicio, sino, el cumplimiento de unas metas globales y estándares de calidad que no están asociadas únicamente al trabajador, como lo expuso ampliamente este Tribunal. Adujo que las partes acordaron en forma libre y voluntaria restarle incidencia salarial según clausula décimo primera del contrato de trabajo, de ahí que debía absolver a la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta el citado concepto. (Expediente digital, audio 20Audiencia20240207)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que se halló probado con los testimonios y el propio dicho del demandante que la media hora adicional de trabajo, que hace parte de la jornada laboral ordinaria del operador de bus articulado, existió y nunca se pagó por el empleador. Indicó que los testigos manifestaron que se exigía estar media hora antes en su lugar de trabajo, que se ejercía por turnos rotativos y en forma coordinada para funcionamiento del sistema, luego no solo era obligatorio, sino, necesario, ya que "*los turnos tenían que empatarse*" y para ello el trabajador debía realizar el alistamiento e inspección de la flota, que debía estar en óptimas condiciones.

Por otro lado, precisó que la encartada disfraza la remuneración del trabajador señalando la existencia de un salario base y una bonificación, la que se pagó de forma ininterrumpida durante la vigencia del contrato de trabajo, luego debía constituir factor prestacional, más aún cuando el acervo probatorio da cuenta de que dicha suma entró al patrimonio del trabajador, sin que fuese un regalo por mera liberalidad del empleador. (Expediente digital, Archivo 20VideoAudiencia20240207)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que no existen razones o méritos para fulminar condena alguna en contrada de la sociedad, razón por la cual solicita que se confirme la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El actor tiene derecho al pago de la 1/2 hora extra, con la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas?; (ii) ¿La suma recibida por concepto de bonificación por productividad constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al

subsistema de seguridad social en pensiones?; de hallarse positiva las respuestas a estos interrogantes, se entrará a determinar (iii) ¿El promotor del proceso tiene derecho al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral a término indefinido que existió entre el actor y Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., desde el 17 de julio de 2006 al 11 de abril de 2019, para desempeñar el cargo de operador de bus articulado, con un salario inicial de \$700.000. Situaciones fácticas que no sobra precisar son corroboradas con el contrato de trabajo, otrosí de mutuo acuerdo, certificación laboral, carta de renuncia y de su posterior aceptación. (Expediente digital, PDF 07

Contestación SI 99 Fls 51 a 67, 92, 112 a 113 y 118)

4. Pago de la ½ hora extra. El señor Cely Ladino pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que no accedió la juzgadora de primer grado, considerando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., el actor no demostró con precisión y claridad el número de horas por día, mes y año laborados en forma suplementaria.

Perfilado así el debate, es pertinente subrayar que, en lo que respecta al trabajo suplementario, cualquiera que sea la denominación que se le otorgue, es responsabilidad del demandante demostrar de manera clara y precisa el número de horas extras desempeñadas. Esto se fundamenta en el artículo 167 del Código General del Proceso, que establece que quien alega la existencia de una obligación está obligado a probarla. No es suficiente simplemente afirmar que se trabajaron horas extras, ya sea en horario diurno o nocturno; resulta imperativo corroborar la existencia de dicha obligación, ya que el mero hecho de afirmar no constituye prueba suficiente.

En esa medida, es esencial tener presente que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), todo trabajador está sujeto únicamente a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana. Por lo tanto, si el trabajador alega haber realizado trabajo extra o suplementario, le corresponde a él demostrar fehacientemente que efectivamente llevó a cabo dichas horas adicionales. En este proceso de demostración, se exige una acreditación precisa del número de horas, ya que no es permisible para el operador jurídico inferir una cantidad aproximada de horas o días trabajados basándose en cálculos o conjeturas. En otras palabras, la prueba debe ofrecer una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, siendo pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos, horas extras, y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que tiene derecho a estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago, debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

En ese contexto, la Sala de entrada destaca que la evidencia presentada en el plenario para sustentar el trabajo en horas extras adolece de la precisión necesaria, en tanto que

¹ "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>"

no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo adicional que reclama como suplementario o complementario, ni los horarios específicos en los que llevó a cabo estas labores. Esta conclusión se deriva del examen del haz probatorio, el cual revela que la Juzgadora de primera instancia no incurrió en error al afirmar que no se demostró la presunta media hora extra que alega el demandante utilizó para el alistamiento del bus articulado, que el apelante sostiene como obligatorio y que, además, se realizó fuera de la jornada máxima ordinaria laboral, que, cabe destacar, estaba estipulada en 36 horas semanales, según lo acordado por ambas partes.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fueron allegados como medios de convicción los comprobantes de pago, mismos que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de Nelson Enrique Cely Ladino y si éste ejecutó su actividad de conductor más allá de su horario o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse del documental en comento, en tanto que sólo se relaciona la mensualidad a cancelar, el nombre del empleador y del trabajador.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que se pretende demostrar tal circunstancia con el dicho de los testigos José Abelardo Medina Flórez, Ramón Enrique Riveros Parra; no obstante, al ser indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, acerca del número de horas exactas sobre las que se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Es importante señalar que los testigos mencionados carecen de la precisión necesaria para respaldar la supuesta media hora extra alegada. Aunque informaron que el demandante, al igual que ellos, debía presentarse minutos antes de iniciar su servicio, no especificaron si esta práctica se mantuvo durante toda la duración de su jornada laboral ni si se aplicó diariamente mientras desempeñaba sus funciones como conductor. En otras palabras, al analizar detenidamente la prueba testimonial, queda patente que no proporciona información suficiente para calcular o determinar con certeza el número de horas extras diurnas o nocturnas que el demandante trabajó o estuvo disponible para el empleador. Esto se debe a que los testigos no detallaron con precisión y claridad el horario, el día, el mes y el año en que se llevaron a cabo dichas labores.

En consecuencia, resulta evidente que los testimonios ofrecidos no proporcionaron certeza respecto al horario de entrada. Además, los declarantes no podían precisar dicha circunstancia debido a la naturaleza cambiante de la actividad que llevaba a cabo el demandante. Según sus propias declaraciones, el actor estaba sujeto a diversas programaciones y turnos, los cuales podían variar semanal o diariamente. En consecuencia, no contaban con la información detallada y precisa necesaria para establecer con certeza la cantidad de trabajo suplementario realizado, incluyendo la media hora que alega haber laborado de manera excepcional.

Surge, entonces, evidente lo improcedente del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, además, la Sala no comparte los argumentos de la censura, cuando sostiene que no existe duda sobre media hora extra laborada, pues esta afirmación se basa en la declaración del propio demandante durante su interrogatorio de parte, por lo que no puede considerarse suficiente para probar esta circunstancia, dado que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Máxime cuando tampoco se puede extraer de dicha declaración una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que

favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aseveración beneficia exclusivamente al demandante, por manera que mal haría esta Sala acoger los argumentos del apelante.

Aceptar lo contrario implicaría que la sola declaración de la parte actora afirmando la realización de trabajo extra sería suficiente para que el Juez dictara sentencia a su favor. Sin embargo, para imponer una condena, es imperativo contar con pruebas que respalden dicha afirmación y eliminen cualquier duda sobre su existencia. Además, es fundamental recordar el principio de derecho probatorio que señala que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas extras pudo haber servido el demandante y en qué jornada, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior, por lo que tampoco hay lugar a la reliquidación pretendida.

Lo considerado es suficiente para que la Sala confirme la sentencia confutada, en lo que hace al trabajo suplementario que negó el A quo.

5. Bonificación por productividad. En lo atinente a determinar si la bonificación por productividad tiene incidencia salarial para efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, el demandante objeta la intelección del A quo al afirmar que no son salario. Sostiene que, al ser pagos habituales y permanentes, deberían ser reconocidos como una retribución directa del servicio.

En este sentido, es pertinente recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, establece que el salario no se limita a la remuneración ordinaria, fija o variable. Se extiende a todo lo recibido por el trabajador, ya sea en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Esto abarca diversas formas y denominaciones, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por otro lado, el artículo 128 del mismo estatuto, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, establece que ciertas sumas no deben considerarse como salario. Estas incluyen las cantidades que el trabajador recibe de manera ocasional y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones esporádicas, participación en utilidades, excedentes de empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no con el propósito de beneficiarse o enriquecer su patrimonio, sino para cumplir adecuadamente con sus funciones. Ejemplos de esto son los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros beneficios similares. Además, no se consideran salario las prestaciones sociales reguladas en los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios otorgados convencional o contractualmente o de manera extralegal por el empleador, siempre y cuando las partes hayan acordado expresamente que no tienen carácter salarial. Esto incluye beneficios como alimentación, habitación o vestuario, así como primas extralegales de vacaciones, servicios o navidad.

Es importante destacar que, en esta última hipótesis, el precepto establece que las partes pueden excluir la naturaleza salarial de ciertos beneficios o pagos siempre que estos no retribuyan efectivamente el trabajo ni tengan como objetivo enriquecer el patrimonio del trabajador, sino que se otorguen con la finalidad de facilitar el desempeño completo de sus funciones. Esta interpretación ha sido respaldada por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, como se evidencia en la sentencia SL10995 del 30 de julio de 2014, entre otras.

En la sentencia SL 5159-2018 la Corte fue clara al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (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..."

Señala además la CSJ que "aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que "...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que "frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."

En concordancia con lo expuesto y conforme al conjunto probatorio presentado en el expediente, destacando particularmente las documentales adjuntas en las páginas 51 a 53 del archivo PDF identificado en el numeral 07 del expediente electrónico, se pone de manifiesto que, en el momento de la suscripción del contrato de trabajo, las partes acordaron lo siguiente en la cláusula décima primera:

"DÉCIMA PRIMERA: Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta ciento veinte mil pesos (\$120.000.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las

siguientes metas: Cumplimiento de las Reglas establecidas por Transmilenio (30 %), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto por el Art. 128 del CST, modificado por el Art. 15 de Ley 50 de 1.990 (...)"

No obstante la existencia de esta cláusula y la percepción mensual del bono, el recurrente sostiene que dicho beneficio no podía desvincularse del carácter salarial, considerando su habitualidad. La Sala, sin embargo, interpreta que este pago no retribuía directamente el servicio, ya que se otorgaba por mera liberalidad del empleador, de manera extralegal, evidenciando su naturaleza de estímulo, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle la connotación salarial a esta bonificación.

En este contexto, aunque la empleadora reconocía regularmente al actor una suma adicional al salario, según lo establecido en la cláusula del contrato y las nóminas de pago, se dejó claro que esta bonificación, a pesar de su carácter mensual, no constituía un factor salarial. A pesar de su denominación como bonificación por productividad, su reconocimiento dependía de factores externos no directamente relacionados con el desempeño individual del trabajador, sino con el cumplimiento de directrices establecidas por Transmilenio, la protección del bus, el cumplimiento de horarios y reglas de convivencia, según lo estipulado entre las partes.

En consecuencia, la bonificación por productividad, aunque habitual, no tenía la naturaleza salarial que el actor reclama, ya que no retribuía directamente el servicio prestado. Este hecho se respalda tanto en la cláusula del contrato como en la declaración de la coordinadora de nómina, Karen Rodríguez Forero, quien afirmó que la bonificación era una suma variable por cumplimiento grupal, por lo que su causación dependía de la labor de otros trabajadores, sin que se contraprobara lo contrario.

Por lo tanto, la Juez de primer grado acertadamente interpretó que la bonificación en cuestión no debía considerarse como factor salarial, y en consecuencia, no procedía su reconocimiento en la liquidación de las prestaciones sociales del ex trabajador. Este análisis respalda la decisión de la Juez de primera instancia y refuta la crítica del recurrente, ya que no se ha incurrido en error en dicha interpretación.

6. Costas. Sin costas en ambas instancias, por no haberse causado las mismas.

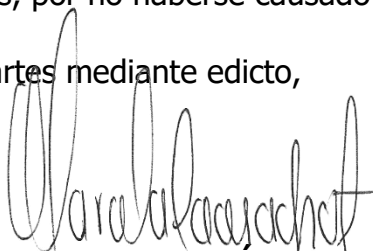
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en ambas instancias, por no haberse causado las mismas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FRANCISCO ANTONIO BAUTISTA CÓRDOBA
Demandados: VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA.
Radicado No.: 24-2018-00266-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Antonio Bautista Córdoba instauró demanda ordinaria contra Vigilancia y Seguridad Bethel Ltda., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de un año, desde el 6 de agosto de 2016. Como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales, indemnización por la no consignación de las cesantías y el no pago de los intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo a término fijo de un año, pactado desde el 06 de agosto de 2016, desempeñando el cargo de guarda de seguridad, devengando un salario correspondiente al mínimo legal mensual vigente. Explicó que durante la vigencia de la relación laboral no le fue reconocido el pago de cesantías, así como sus respectivos intereses, primas de servicios, vacaciones, y que nunca fueron realizados sus aportes pensionales al Sistema de Seguridad Social.

Sostuvo que la demandada el 2 de mayo de 2017 le remitió una comunicación mediante la cual le informaban que la relación laboral finalizaría a partir del 30 de abril de 2017, esto es, antes del término final del contrato y sin que mediara justa causa, adujo que a la fecha de presentación de la demanda no le había sido pagada su liquidación de prestaciones sociales, indemnización por el despido sin justa causa, sanción por la consignaron sus cesantías en los términos de ley, pese a los requerimientos efectuados ante Ministerio de Trabajo. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 98 a 107).

2. Contestación de la demanda. La demandada fue representada por la Curadora *ad litem* Giovanna Flórez Montealegre, quien, al momento de descorrer el término de traslado de la demanda, se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas y frente a los supuestos fácticos manifestó que no le constaba ninguno y que no tenía la facultad de confesar.

En su defensa formuló la excepción previa de inobservancia de lo consagrado en el artículo 291 del C.G.P. y de mérito las que denominó "*improcedencia de la indemnización por terminación del contrato de trabajo en la forma requerida*", "*no aplicación de las*

indemnizaciones moratorias en la forma solicitada”, “improcedencia del pago de aportes de la seguridad social en pensión o falta de legitimación por activa”, prescripción y compensación. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 115 a 124)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de febrero de 2024, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con una vigencia desde el 6 de agosto de 2016 hasta el 30 de abril de 2017 devengando como salario la suma de \$940.000. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar el auxilio de cesantías junto con sus intereses, sanción por la no consignación de los intereses, primas de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías e indemnizaciones del artículo 64 y 65 del C.S.T., a su vez condenó al pago de la diferencia de los aportes a pensión por el periodo de septiembre a diciembre de 2016 y los aportes completos de los meses de enero a abril de 2017; a su vez gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, refirió en primera medida que no existe duda alguna de la existencia de la relación laboral a término fijo con una remuneración mensual de \$940.000 por cuanto de la certificación laboral del 11 de noviembre de 2016, carta del finiquito de la labor, comprobantes de nómina y reporte de semanas cotizadas en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se extrae lo propio.

Precisó que, en armonía a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el juez debe tener como cierto lo contenido en las certificaciones laborales, a menos que el empleador acredite de manera contundente que lo registrado en las constancias no se avienen a la verdad (SL6621 de 202017). Sostuvo que dicho documento no había sido tachado ni desconocido, por lo que su contenido debía ser tenido como cierto y por tanto dio valor probatorio.

Respecto de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T. la juzgadora primigenia señaló que la norma contempla que sí a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga los salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados o convenidos, debe pagar a título de indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta que su pago se verifique. Adujo que esta sanción no se impone de manera automática, sino que debe acreditarse la mala fe en la conducta del empleador al sustraerse de sus obligaciones labores, por lo que la demandada tiene la carga de acreditar su buena fe, según sentencia SL76488 de 2021.

Sostuvo que en el curso del proceso, no se ofrecieron exculpaciones o explicaciones frente al impago de las prestaciones sociales a la finalización del contrato, a punto que la demandada no compareció al proceso, sino que por el contrario asumió una conducta indiferente; en consecuencia, concluyó que era procedente su reconocimiento y condenó a pagar la indemnización en cuantía de un día de salario por cada día de retardo a razón de \$31.333 hasta por 24 meses, la cual liquidó en \$22.560.000 y manifestó que a partir del mes 25 se debían pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales. (Expediente digital, audio 11Audiencia08022024)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando su desacuerdo frente a la condena por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. al considerar que la misma debió ordenarse a título de un día de salario diario por cada día de mora hasta su pago y no como erradamente lo consideró la Juez primigenia, de que a partir del

mes 25 corrían los intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria; ello por cuanto la demanda se radicó antes de los 24 meses, pues se presentó el 9 de mayo de 2018 y la terminación fue el 30 de abril de 2017, esto es, antes de culminarse los 24 meses que aduce la norma. (Expediente digital, audio 11Audiencia08022024)

5. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que la correcta interpretación de la indemnización del artículo 65 del C.S.T., es causar el día de salario por cada día de retardo hasta que se verifique el pago, al encontrarse el demandante en el primer supuesto que trae el numeral primero, lo cual es concordante con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar si la Juez primigenia erró al condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 los intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral a término indefinido que existió entre el actor y Vigilancia y Seguridad Bethel Ltda., desde el 6 de agosto de 2016 al 30 de abril de 2017, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad, con un salario de \$940.000. Situaciones fácticas que no sobra precisar son corroboradas con la certificación laboral, carta de terminación del vínculo contractual y comprobantes de nómina. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 11, 12 y 13 a 14).

4. Indemnización moratoria. Respecto al asunto objeto de apelación, cumple recordar que, conforme al artículo 65 del CST, si al terminar el contrato el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, subraya que no son una respuesta judicial automática ante el hecho objetivo de que el empleador, al finalizar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías a tiempo. El precedente insiste en que el juez debe, en cada caso, evaluar, según el material probatorio, si se revela o evidencia la buena fe del empleador frente a tal conducta omisiva (CSJ Rad. 32529 del 5 de marzo de 2009).

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para

entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe. Queda patente que, al concluir la relación laboral, la empresa demandada dejó pendiente el pago de prestaciones sociales al demandante sin argumentar ninguna justificación. Incluso, como señaló acertadamente el A quo, al tener conocimiento del proceso, la demandada optó por concurrir y, en consecuencia, no participar en el mismo, lo que demuestra su desidia y actitud negligente. Por lo tanto, mal haría la Sala en exonerar a la demandada de la sanción solicitada por la parte actora.

En consecuencia, se entrará a verificar si la cuantificación de la indemnización se encuentra ajustada a derecho o si, por el contrario, la recurrente tiene fundamentos válidos en su recurso.

5. Liquidación indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. La magistrada suscrita sostuvo hace un tiempo que la indemnización moratoria, conforme al artículo 65 del CST, se aplica a razón de un día de salario por cada día de retraso desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de pago de salarios y prestaciones sociales, siempre que la demanda se hubiere presentado dentro de los primeros 24 meses tras la finalización del vínculo laboral. No obstante, se reconsideró hace meses esta postura en virtud de la orden emanada de la acción de tutela 110010205000202101124001, dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ratificada por la Sala de Casación Penal de esta corporación en la sentencia STL11218-2021.

Dicha decisión, no sometida a revisión por la Corte Constitucional, llevó a acoger el criterio imperante en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, respaldado mayoritariamente por la sala de la cual hice parte después de su reconfiguración, que además se acompasa con la postura actual de la vigente sala. Según este criterio, si la terminación del contrato ocurrió después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se interpone la acción dentro de los primeros 24 meses tras el finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de demora hasta el mes 24. A partir del mes 25, se deben reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

En caso de que el trabajador no inicie su reclamación por la vía ordinaria dentro de los primeros 24 meses, el empleador deberá pagar intereses moratorios desde la terminación del vínculo hasta que se efectúe el pago, siempre que el asalariado tenga una remuneración superior al salario mínimo. Este enfoque ha sido respaldado en sentencias como SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En consecuencia, para el presente caso, se fulmina condena por este concepto, considerando que la demanda fue presentada antes de los 24 meses desde la conclusión de la relación laboral (acta de reparto del 9 de mayo de 2018) y el salario al momento de la terminación fue de \$940,000, superior al salario mínimo legal mensual de 2017 (\$737,717). De esta manera, la parte demandada deberá pagar la indemnización a razón de un día de salario (\$31,333) por cada día de retraso durante los primeros 24 meses, resultando en una suma total de \$22,560,000. A partir del mes 25, se deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas, desde el 10 de mayo de 2020 hasta que se efectúe el pago, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el artículo 65 del CST.

En conclusión, el fallo de primera instancia no incurrió en error respecto al objeto de apelación, ya que la condena fue adecuadamente liquidada conforme a los términos expuestos y aplicables al caso concreto.

6. Costas. Por no prosperar el recurso de apelación se condena en costas a la parte demandante. Las de primera se confirman.

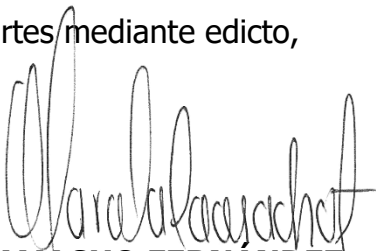
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

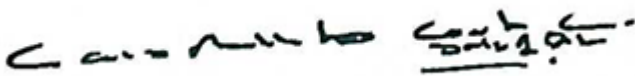
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2024, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en lo que a la condena de la indemnización del artículo 65 del C.S.T. se refiere, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a favor de la parte demandada y a cargo de la demandante. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



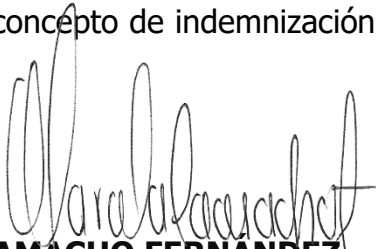
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** y a cargo de la demandante en la suma de \$1.128.000 correspondiente al 5% de la condena por concepto de indemnización del artículo 65 del C.S.T



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JINETH FAISURY PALOMINO MENA
Demandadas: JUAN CAMILO MALDONADO
ADRIANA ÁLVAREZ
Radicado No.: 39-2019-00697-01 - 02
Tema: APELACIÓN AUTO Y APELACIÓN SENTENCIA – CONTRATO
DE TRABAJO VERBAL

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir el siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jineth Faisury Palomino Mena, instauró demanda ordinaria contra Juan Camilo Maldonado y Adriana Álvarez, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 30 de junio de 2017 hasta el 12 de septiembre de 2019 y como consecuencia de lo anterior se condene al pago de las cesantías junto con sus intereses, primas de servicio, vacaciones, auxilio de transporte, así como las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. y 26 de la Ley 361 de 1997, sanción por la no consignación de las cesantías, aportes a pensión, el reconocimiento y pago de la incapacidad médica del 27 de agosto al 12 de septiembre de 2019, y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó laboralmente al servicio de los demandados mediante un contrato de trabajo verbal desde 30 de junio de 2017 y hasta el 12 de septiembre de 2019, para desempeñar el cargo de empleada doméstica, con una asignación básica mensual de \$800.000. Explicó que durante la vigencia de la relación nunca le fue reconocido el pago de cesantías, así como sus respectivos intereses, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y que nunca fue afiliada al Sistema de Seguridad Social.

Manifestó que el día 23 de agosto de 2019 sufrió un accidente en un articulado de Transmilenio, lo que le ocasionó una lesión en su mano izquierda, de manera que, debido a la falta de afiliación por parte de sus empleadores, tuvo que ser atendida a través del SISBÉN y asumir los gastos médicos que no cubría la cobertura del régimen subsidiado. Sostuvo que fue incapacitada pero que dicha incapacidad nunca le fue cancelada y por el contrario el 12 de septiembre de 2019 fue despedida sin justa causa, sin que a la fecha de presentación de la demanda le fuera pagada su liquidación de prestaciones sociales pese a los múltiples requerimientos efectuados. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteFisicoDigitalizado).

2. Contestación de la demanda. Los demandados fueron representados por el Curador *ad litem* Franklyn Roberto Montenegro Sandino, quien, al momento de descorrer el término de traslado de la demanda, se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas y

frente a los supuestos fácticos manifestó que no le constaba ninguno y que se atenía a lo probado en el transcurso del proceso.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó "*cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones obrero – patronales demandadas*", mala fe de la demandante, buena fe de la parte demandada, prescripción trienal de derecho laborales y genérica. (Expediente digital, PDF 11ContestaciónDemandaCurador).

3. Trámite procesal. La demanda fue admitida en auto del 26 de febrero de 2020 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteFisicoDigitalizado). Adelantado el trámite de notificación y como quiera que la pasiva no compareció al proceso, mediante providencia del 10 de agosto de 2021 se designó como curador *ad litem* al abogado Franklyn Roberto Montenegro Sandino. Descorrido el término de traslado, en providencia calendada 13 de abril de 2023, se tuvo por contestada a favor de Adriana Álvarez y Juan Camilo Maldonado y adicionalmente se admitió la reforma de la demanda. (Expediente digital, PDF 14AutoTieneContestada).

Ante ello, la demandada el 11 de agosto de 2023 presentó misiva mediante la cual solicitó no tener en cuenta la reforma del libelo primigenio, al considerar que fue presentada de manera extemporánea. Lo propio fue resuelto mediante auto de 5 de octubre de 2023 en el sentido de darle a la solicitud el trámite de un recurso contra la providencia inmediatamente anterior y en ese orden de ideas negó la solicitud por improcedente y porque en todo caso se interpuso por fuera del término de ejecutoria y se tuvo por no contestada la reforma. (Expediente digital, PDF 18AutoNoContestaReforma).

4. Auto apelado. En audiencia del artículo 77 del C.P.T. y la S.S. celebrada el 24 de enero de 2024, el Juzgado dispuso negar la solicitud de nulidad deprecada por el curador *ad litem* en tanto consideró que no se daban los parámetros del numeral 5 del artículo 133 del C.G.P., por cuanto dicha causal contempla un actuar omisivo al momento de solicitar, decretar o practicar pruebas lo que no acontecía en el caso, dado que no se estaba en la etapa procesal de decreto y practica de pruebas; que si bien se admitió reforma de la demanda ello se hizo conforme lo reglado en el artículo 28 del C.S.T. y de la S.S., que faculta a la activa a utilizar este instrumento procesal por una única vez, constituyendo una garantía que permite a la gestora de la litis solicitar pruebas que eventualmente puedan ser decretadas en favor de sus intereses, por lo que consideró que el hecho que una reforma de la demanda contenga solicitudes probatorias, no significa este inmersa en la causal de nulidad aludida.

De otro lado, consideró que no se cumplían los requisitos para alegar la nulidad dado que el artículo 135 del C.G.P. establece que no podrá alegarla quien después de ocurrida la presunta causal haya actuado en el proceso sin proponerla; y que en dicho proceso el curador mediante misiva del 11 de agosto de 2023, si bien solicitó no tener en cuenta la reforma de demanda por considerarla extemporánea, no expresó la causal sustento de la misma, siendo la oportunidad para ello, en consecuencia al haber actuado y no expresado su inconformismo, no se reunían los requisitos para alegar el vicio, tampoco para pretender revivirlo en una etapa posterior y advertir lo propio.

5. Impugnación y límites del *ad quem*. Inconforme con la decisión el curador *ad litem* de los **demandados** formuló recurso de apelación aduciendo que la etapa de saneamiento está precisamente diseñada para advertir una causal de nulidad que invalide el proceso. Que en el escrito de demanda inicial no se hizo uso de las pruebas testimoniales siendo la oportunidad procesal para ello, y que solo con la contestación de la demanda fue que la activa se percató de la falencia o carencia de pruebas haciendo uso de la reforma de la demanda para subsanar su falta probatoria, y que al admitirse se estaría atentando contra los intereses de los demandados, máxime cuanto la reforma de

la demanda fue radicada de forma extemporánea, dado que le fue notificada la admisión de la demanda el 16 de mayo de 2022, por lo que se tenía por notificado a los dos días, esto es, el 18 de mayo, siendo que el término de traslado vencía el 2 de junio del mismo año, de manera que al ser contestada el libelo demandatorio el 31 de mayo, el término para reformar la demanda iniciaba el 3 y finalizaba el 9 de junio de 2022; sin embargo, como el escrito reformativo se radicó por la apoderada de la activa el 10 de junio, es claro que lo fue por fuera del término del artículo 28 del C.P.T. y de la S.S.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de enero del 2024, en la que la falladora declaró la existencia de la relación laboral entre las partes desde el 30 de junio de 2017 hasta el 12 de septiembre de 2019 en jornada medio tiempo. Así las cosas, condenó a las encartadas al pago de auxilio de transporte, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., pago de aportes pensionales y costas del proceso, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar si entre las partes existió un contrato laboral entre 30 de junio de 2017 al 12 de septiembre de 2019 y, en consecuencia, si había lugar al pago de acreencias laborales solicitadas en el escrito genitor. Con tal propósito, luego de citar los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., y al material probatorio arrimado al proceso, señaló que no se discutía que la actora prestó sus servicios personales para los demandados, lo que ratificaba con la certificación elaborada a favor de aquella, de allí que operó la presunción legal de la existencia del laborío.

Precisó que, en armonía a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el juez debe tener como cierto lo contenido en las certificaciones laborales, a menos que el empleador acredite de manera contundente que lo registrado en las constancias no se aviene a la verdad (SL2653 de 2022 y SL364 de 2019). Sostuvo que dicho documento no había sido tachado ni desconocido, por lo que su contenido debía ser tenido como cierto y por tanto dio valor probatorio.

Adujo que la prestación del servicio personal de la demandante a favor de los demandados se robustece con el historial de conversaciones que sostuvieron, de los cuales se extrae que aquellos intentaron llegar a un acuerdo frente al pago de las acreencias laborales, documento que en todo caso no fue tachado de falso ni se desconoció, destacando para tal efecto la siguiente conversación:

[6:07 p. m., 2/9/2019] Jineth Palomino: Hola buenas tarde don camí quiero pedirle xfavor si me puede hacer llegar mi pago gracias

[6:11 p. m., 2/9/2019] Juan: denos un numero de cuenta

[6:18 p. m., 2/9/2019] Jineth Palomino: 24084224040

[6:19 p. m., 2/9/2019] Jineth Palomino: Esa es del banco caja social

[5:58 p. m., 3/9/2019] Jineth Palomino: Hola don camí salí a mirar pero no hay pago🙄

[6:00 p. m., 3/9/2019] Juan: dejeme le consigno mañana

[6:00 p. m., 3/9/2019] Jineth Palomino: Bno

[4:41 p. m., 4/9/2019] Juan: Jineth q pena mañana fijo, me desocupe hasta ahora y me cerraron el banco

[5:06 p. m., 4/9/2019] Jineth Palomino: Oky

[5:53 p. m., 16/9/2019] Jineth Palomino: Hola bnas tarde don Camilo yo el sabado envíe unos documento yo quiero saber cuando nos podemos sentar a hablar del tema

[7:35 a. m., 17/9/2019] Jineth Palomino: Yo he estado esperando respuesta y no me la dan yo voy a hacer todo lo que me indico la Abogada

[6:44 p. m., 17/9/2019] Juan: No sé de qué me habla, por fa hágame llegar la incapacidad. usted cu'pando vuelve?

[6:39 p. m., 24/9/2019] Jineth Palomino: No hay posibilidad de que hablemos con su Abogado y hablemos los tres yo no los quiero perjudicar yo me quiero ir resolver mis cosas bien hoy se me cumplió el arriendo y no tengo cómo pagar
[6:39 p. m., 24/9/2019] Adriana: CLARO
[6:39 p. m., 24/9/2019] Adriana: hablemos
[6:45 p. m., 24/9/2019] Adriana: pues meter abogado no es muy leal... sobretodo porque las condiciones del trabajo fueron tal cual usted las pidió. por eso no me dolía darle prestamos que no le cobraba
[6:45 p. m., 24/9/2019] Jineth Palomino: De todo modos ya nos explicaran las cosas a ambas partes
[6:45 p. m., 24/9/2019] Adriana: porque sé que los papás de los niños no ayudan
[6:45 p. m., 24/9/2019] Adriana: ah sí jineth, yo soy de todo pero no ladrona, lo que me toque pagar pues miro cómo pago

Sumado a lo anterior, tuvo en consideración la confesión ficta por la inasistencia de los demandados y por lo cual se dieron por ciertos los hechos susceptibles de confesión relacionados con la existencia del contrato de trabajo. Preciso que no dio valoración o credibilidad a la testigo Alis Paola Ariñez Rizo, pues consideró que, si bien daba fe de algunos aspectos puntuales como la fecha de presentación de la demandante con los demandados, olvidaba otros como cuando dejó de tener contacto con la señora Palomino, pero especialmente porque en su testimonio manifestó que después del 30 de junio de 2017 se fue para su municipio de origen, por lo que sus conocimientos eran de oídas y no propios; lo que no ocurrió con el testimonio del señor Jorge Enrique Moreno, porque si bien adujo que no le constaba el horario o salario, si le constaba de primera mano que vio a la demandante trabajar en el apto de enfrente, esto es, en el 504 en un lapso de 2017 a 2019, lo que consideró suficiente para probar la prestación personal de la demandante con sus vecinos.

En otro giro, frente a los extremos temporales sostuvo que conforme el artículo 167 del C.G.P., y sentencias SL2608 de 2019 y SL2653 de 2022 la carga de la prueba recaía en la parte actora. Se señaló que la falta de precisión en los extremos laborales según sentencia SL007 de 2019 y SL3068 de 2023, podía ser establecida en forma aproximada con base en las pruebas arrimadas. La certificación laboral aportada daba certeza de la prestación del servicio al 6 de agosto de 2019, y al indicar que se prestaban servicios desde hace 3 años, era claro que cobijaba el extremo inicial pretendido por la señora Palomino -30 de junio de 2017-. Se argumentó que, según la misma documentación, el vínculo laboral estaba vigente en agosto de 2019 y se extendió hasta septiembre como consecuencia de la confesión ficta. Fijando así los extremos del 30 de junio de 2017 al 12 de septiembre de 2019.

Sentado lo anterior, frente a la terminación de la relación laboral sostuvo que la demandante debía probar el hecho del despido, y concluyó que de las documentales aportadas fue la señora Palomino quien de manera voluntaria decidió dar por finalizada la relación laboral. Este análisis se fundamentó en una conversación donde la demandada Adriana Álvarez le indicaba a la señora Palomino que la estaba esperando para trabajar, a lo que ella respondió que debido a su condición no podía y que se dirigía hacia sus padres. En una conversación posterior, la accionante le comunicó a la demandada que *"juraba que le había dicho a su abogada que no la habían despedido, sino que había renunciado y que lo iba a sostener ante todos"*.

Frente a la estabilidad laboral reforzada concluyó que como el vínculo terminó por decisión unilateral de la demandante no había lugar a presumir el supuesto discriminatorio que ampara el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y negó el reconocimiento de dicha indemnización, así como la del artículo 64 C.S.T.

En lo que refiere al salario sostuvo que no puede tenerse por acreditado el salario aducido por la demandante -\$800.000-, pues no se logró probar y concluyó que debía tenerse como remuneración medio salario mínimo legal mensual vigente en atención a que el contrato solo se ejecutó por media jornada laboral.

Se dispuso a resolver el medio exceptivo propuesto por la encartada, esto es, la excepción de prescripción, frente a la cual aseguró que el contrato de trabajo terminó 12 de septiembre de 2019 y la demanda se presentó el 21 de octubre de 2019, en consecuencia, ninguna acreencia estaría afectada por el fenómeno de la prescripción.

Que en todo caso frente a la notificación de la demanda dentro del año siguiente a la publicación del auto admisorio; se tiene que ello tuvo lugar mediante estado de 27 de febrero de 2020 y la notificación del curador se hizo el 16 de mayo de 2022, esto es, 2,2 años desde su admisión pero que en todo caso no hay lugar a declarar la prescripción porque la falta de notificación ocurrió por causas no atribuibles a la parte actora pues está, adelantó las gestiones del artículo 291 y 292 del C.G.P., hubo suspensión de términos por la pandemia del Covid-19 y se hizo necesario adelantar la gestión de designación de curaduría y su posterior notificación, además del tiempo que tardó el Juzgado en proferir una u otra decisión.

Accedió al reconocimiento y pago del auxilio de transporte ante la falta de prueba de su pago, lo que ocurrió a su vez con las demás prestaciones sociales al ver una negación indefinida.

Atinente a la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., precisó que en sentencia 1843 de 2021 se dijo que, la moratoria no es de procedencia automática en tanto que el juez debe adelantar un examen del comportamiento que tuvo el empleador en su condición de deudor moroso, y concluyó que en el caso no existía el más mínimo acto de buena fe por los demandados porque eran conocedores de la existencia del contrato y sencillamente omitieron el pago de su reconocimiento pese a las negociaciones que sostenían las partes por conversaciones de WhatsApp y en consecuencia accedió al reconocimiento de dichas sanciones

7. Impugnación y límites del ad quem Inconforme con lo anterior, el curador *ad litem* formuló recurso de apelación esgrimiendo que se equivoca el juez de primer grado al considerar que del acervo probatorio arrojado al plenario se logra demostrar los tres elementos del contrato de trabajo. Adujo que si bien hay una certificación laboral la misma no era suficiente por cuanto no contiene los datos de notificación de los empleadores o se puede acceder a más información laboral, de igual forma sostuvo que los chats de WhatsApp no dan certeza de si la conversación o los abonados telefónicos corresponden a los demandados por lo que no tienen credibilidad. Por último, consideró que la prestación personal del servicio no se puede acreditar con el testimonio del señor Jorge Enrique Moreno Fierro porque es un testigo de oídas dado que no le constaba nada del vínculo laboral.

De manera subsidiaria, manifestó que en caso de que esta sala considerará que las pruebas arrojadas eran suficientes para acreditar la existencia de la relación laboral, se debía dar igual valor para exonerar a los demandados de la condena por concepto de primas de servicios dado que de las conversaciones se extrae que la demandante acepta que se le pague dicho emolumento, que igual no era procedente la condena por auxilio de transporte, puesto que la demandante devengaba más del salario mínimo por su media jornada y se presume que ese excedente correspondía al subsidio pretendido.

Finalmente, consideró que en la sentencia apelada se erró al condenar las sanciones por no pago de prestaciones sociales y no consignación de las cesantías, porque se encontraba acreditado la buena fe de los demandados con el pago de las primas, pese a que no se presentaron al proceso; y que en todo caso no se puede imponer una doble sanción a la pasiva. Sostuvo que no había lugar a ordenar el cálculo actuarial por los

aportes a pensión en atención a que la demandante no lo pidió y no podía condenarse a lo propio con ocasión a las facultades extra y ultra petita.

8. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado en tanto que los aportes a seguridad social no fueron solicitados en la demanda y, la A quo no explica en su sentencia, ni siquiera de manera sucinta si tal condena lo hace en uso de las facultades extra y ultra petita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación del auto y principio de consonancia. Sea lo primero indicar que el auto que decida sobre las nulidades procesales es apelable en los términos del numeral 6° del artículo 65 del CPT y de la SS. En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la actora se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A *ejusdem* que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

1.2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿Se equivocó el Juez de primer grado al negar la nulidad solicitada por el curador *ad litem* de la parte demandada, por considerar que no se encontraba acreditada la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 133 del C.G.P.?

1.3. Nulidad procesal. Se procede a decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual se negó la nulidad solicitada por la pasiva, misma que se encaminó a que se invalide el auto que admitió y ordenó correr traslado a la reforma de la demanda, por considerarse configurada la causal establecida el numeral 5° del artículo 133 del C.G.P. ya que se aduce que con la reforma de la demanda se incorporaron pruebas testimoniales y documentales que no fueron solicitadas en el escrito primigenio vulnerando los derechos de los demandados.

Al respecto es menester señalar que, las nulidades procesales se encuentran destinadas a amparar el debido proceso y derecho de defensa de las partes en contienda, como derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, procurando, además, la seguridad jurídica y la eficacia de los preceptos legales que regulan el trámite de los procesos, postulados propios de nuestro Estado Social de Derecho (artículo 29 C.P.).

En esa medida, por sabido es que las causales de nulidad procesal se rigen por el principio de especificidad, en virtud del cual únicamente se configuran las que la ley señala, para el caso concreto en el artículo 133 del C.G.P. y las reseñadas en el artículo 42 del C.P.T. y de la S.S., que indican la existencia de nulidad por vulneración de los principios de oralidad y publicidad en las actuaciones judiciales y práctica de pruebas. Dicha sanción se encuentra restringida con arreglo a lo dispuesto por los artículos 134, 135 y 136 *ejusdem*, que contienen su regulación fijando la oportunidad y legitimación para solicitarla, así como su saneamiento tácito.

De lo anterior se desprende que un proceso o una determinada actuación, solamente puede invalidar cuando se presentan los vicios allí señalados y no por situaciones distintas, semejantes o acomodadas, lo que impone a quien plantea una nulidad expresar la causal y los hechos en que se apoya.

Precisamente por esto último se erige la improcedencia de la invalidación alegada, porque si bien el curador funda su solicitud de nulidad conforme lo establecido en el numeral 5° del artículo 133 de la citada norma, para esta sala el hecho de admitir la reforma de la demanda no se encuadra en dicha causal por lo que se pasa a exponer:

La causal citada a su tenor señala: *"Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria."*

Al respecto el verbo rector de la causal en estudio se circunscribe a *"omitir"*, lo cual es definido por la Real Academia Española como *"abstenerse de hacer algo"* lo que a criterio de la Sala no acontece en el presente caso, pues debe precisarse que la oportunidad procesal para solicitar pruebas es al momento de presentar el escrito de demanda inicial o como en el presente caso, reformar la demanda. Es por ello que el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, al admitir la reforma de la demanda contrario a configurar un actuar omisivo, resulta garantista de los derechos fundamentales de la parte demandante pues al acceder a la reforma, permitió a la señora Palomino solicitar la recepción de los testimonios de Jorge Enrique Moreno Fierro y Alis Paola Ariñez Rizo, con su consecuente decreto y práctica. Y si bien el togado pretende darle una interpretación a la norma acorde a los intereses de sus prohijados lo cierto es que, frente a ellos tampoco se cerceno el derecho a solicitar, decretar o practicar pruebas.

Adicionalmente, esta Sala comparte lo esbozado por la Juez al momento de resolver la solicitud de nulidad, porque cierto es que el artículo 135 establece que no se podrá alegar nulidad por parte de quien, después de que ocurra la presunta causal, haya actuado en el proceso sin proponerla., y es que de las documentales obrantes en el expediente se tiene que la providencia que admitió la reforma de la demanda -13 de abril de 2023- fue notificada mediante estado No. 24 del 14 de abril de 2023 (Expediente digital, PDF 14AutoTieneConstestada) y con posterioridad, mediante misiva del 11 de agosto de 2023 el curador actuó al interior del proceso, pues solicitó que se negará la reforma de la demanda por considerarla presentada de manera extemporánea dado que el término fenecía el 9 de junio de 2022 y la misma fue radicada el 10 del mismo mes y año.

Así las cosas, analizada de forma íntegra la solicitud, se tiene que en efecto el curador tan solo se limitó a solicitar la extemporaneidad de la reforma de la demanda, sin advertir la supuesta causal de nulidad. La oportunidad procesal pertinente para ello, era junto con la misiva del 11 de agosto de 2023, máxime cuando los fundamentos de la nulidad versan sobre los mismos hechos expuestos en esa oportunidad, y como quiera que el abogado Montenegro no adujo nada, no se acredita el cumplimiento de los requisitos de procedencia para alegar la nulidad en los términos del inciso segundo del artículo 135 del C.G.P.

Es relevante destacar que, aunque el profesional del derecho argumentó en el recurso de apelación que la oportunidad procesal adecuada para solicitar la nulidad era durante el saneamiento del litigio, la Sala reconoce que, efectivamente, la nulidad podría haberse propuesto en esta etapa procesal. No obstante, dicha circunstancia por sí sola no justifica la procedencia de la nulidad planteada, ya que, como se manifestó en precedencia, no se encuentra configurada la causal aducida pues no existe evidencia de un actuar omisivo por parte del Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá en torno a la solicitud, decreto o práctica de pruebas.

En consecuencia, el A quo no se equivocó al negar la solicitud de nulidad peticionada por la parte pasiva, por lo que habrá de confirmarse dicha decisión por parte de esta Sala.

1.4. Costas. Sin costas en esta instancia.

2. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto

es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2.1. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes tópicos con base en las inconformidades planteadas por el recurrente: (i) ¿Los demandados Juan Camilo Maldonado y Adriana Álvarez fungieron como empleadores de la demandante?; (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar ¿Es factible el pago de auxilio de transporte, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., pago de aportes pensionales?

2.2. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con los demandados tuvo lugar en el período comprendido entre el 30 de junio de 2017 al 12 de septiembre de 2019. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador *Ad Litem*, quien representa los intereses de Juan Camilo Maldonado y Adriana Álvarez, señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

La Juzgadora de primer grado sobre tal aspecto indicó que, con la certificación elaborada a favor de la demandante operó la presunción legal de la existencia del laborío, sustentando su tesis en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencias SL2653 de 2022 y SL364 de 2019. Ello adicional al hecho que dicho documento no había sido tachado ni desconocido, por lo que su contenido debía ser tenido como cierto.

En lo fundamental el recurrente sostiene que la *A quo* erró con la valoración de dicha prueba, asegurando que la misma no era suficiente para acreditar la existencia del vínculo laboral por cuanto no contenía datos de notificación de los suscribientes, que permitieran indagar más sobre el vínculo laboral y sus condiciones y que en todo caso las presuntas conversaciones de WhatsApp no dan certeza que los abonados telefónicos sean de titularidad de los demandados.

Bajo ese contexto, la sala, al igual que la sentenciadora primigenia, considera que la certificación elaborada por los señores Juan Camilo Maldonado y Adriana Álvarez es suficiente para acreditar la existencia de la relación laboral y es una prueba documental con todo el valor probatorio dado que no fue tachada ni desconocida. Para arribar a esta conclusión, además de las sentencias citadas en primera instancia se encuentran otras decisiones, como la SL2096 de 2021, SL4813 de 2020 y SL6484 de 2015 que respaldan y dan mayor robustez al argumento que llevo a concluir la existencia del contrato.

Es relevante señalar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en criterio unificado, ha establecido que los documentos presentados por las partes con fines probatorios se reputan auténticos sin necesidad de presentación personal. La carga de objetar o desconocer dichos documentos se traslada a la contraparte, actuaciones que no acontecieron en este caso, ya que, el curador no presentó reparo sobre los mismos. Si tenía reservas sobre la autenticidad de estos documentos, debió haber expresado sus objeciones en la oportunidad legal; sin embargo, optó por guardar silencio.

Si bien el curador, al apelar la sentencia, argumentó que la certificación resulta insuficiente para probar el contrato por ausencia de datos de notificación de los empleadores, esa razón carece de fundamento jurídico. Como se indicó en líneas anteriores, la certificación se presume auténtica, máxime cuando no fue tachada ni desconocida. Además, para su validez no exige la información que echa de menos el curador, y es que en gracia de discusión sí se apelara a los requisitos de la certificación laboral, el numeral 7 del artículo 57 del C.S.T. indica que en esta solo debe constar el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario; más no datos de notificación o información de contacto de los empleadores.

Respecto a la objeción suscitada en relación con las conversaciones de WhatsApp, considera la sala que cumplen con los parámetros normativos para ser valorados como medios de prueba, en tanto que no solo permiten identificar su autor e iniciador, en términos de la Ley 527 de 1999, sino, porque detallan que fueron descargados en el mismo formato en que fueron generadas, enviadas, o recibidas, de conformidad con el artículo 247 del CGP.

Es importante destacar que en ningún momento se planteó la alegación de posibles supresiones, cambios, alteraciones o adiciones, ni se señaló la suplantación de alguna firma. Asimismo, no se tacharon de falsos en el momento oportuno. Por consiguiente, según lo dispuesto en el artículo 244 del mencionado estatuto procesal, deben considerarse como documentos auténticos.

Estas conversaciones evidencian que entre la señora Palomino y los demandados existían conversaciones relacionadas con la relación laboral, abordando aspectos como el accidente sufrido por la demandante, las negociaciones vinculadas al pago de prestaciones laborales y la renuncia del vínculo.

De suerte que, la Sala no vislumbra que la Juzgadora incurriera en un desacierto al concluir la existencia de la relación laboral con base en los elementos probatorios "certificación laboral" y "conversaciones de WhatsApp". Además, la apreciación de la sala es que el deponente Jorge Enrique Moreno no es un solo testigo de oídas, como intenta sugerir el curador. Al escuchar el testimonio, queda claro que tenía conocimiento directo de la señora Palomino acudía al apartamento de su vecino a prestar sus servicios como personal de aseo e incluso lo hacía también para él cuando no estaba al servicio del apto "504". Esto permite concluir que, aunque el testigo puede no tener conocimiento de la minucia de los aspectos contractuales entre las partes, sí le consta las funciones de la

misma, el lugar de ejecución e incluso la jornada laboral, ya que afirmó verla regularmente por las mañanas.

Conforme a lo expuesto, al haberse demostrado la prestación del servicio por parte de la demandante para los demandados, se activa la presunción de existencia de un contrato de trabajo, como lo establece el artículo 24 del C.S.T. Esta presunción no fue desvirtuada por la parte demandada, ya que en el acervo probatorio no se presenta evidencia, ya sea documental, testimonial u otro medio, que permita verificar que la demandante llevó a cabo su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante. Es particularmente notable que la demandada no haya emprendido acciones para demostrar que la señora Palomino Mena desempeñó sus funciones de manera independiente, lo cual habría sido necesario para desvirtuar la presunción que pesaba en su contra. Ante esta falencia probatoria, se establece la prestación del servicio bajo el elemento de subordinación, inherente a la naturaleza del trabajo realizado por la señora Palomino Mena durante su contrato, razón más que suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto reproche.

2.3. Exoneración de pago por concepto de primas de servicio. Sobre este punto, la sentencia impugnada dictaminó la condena basándose en la percepción de una negación indefinida respaldada, a su vez, por la confesión ficta.

En este contexto, el apelante argumenta que, dado el reconocimiento de validez de las conversaciones de WhatsApp, debería eximirse a las demandadas del pago de este beneficio, ya que, en la conversación del 20 de septiembre de 2019, la señora Palomino admite que sus empleadores le pagaban las primas de servicio conforme a lo estipulado por la ley.

Sobre ello, la sala validó las pruebas documentales extrayendo para los efectos lo siguiente: (Expediente Digital PDF01ExpedienteFisicoDigital)

[1:10 p. m., 20/9/2019] Adriana: Usted sabe que le pagamos todo, que le dimos prima, que pedía permisos, que le ayudamos con sus hijos, que la echaron
[1:10 p. m., 20/9/2019] Adriana: Cuando la echaron?
[1:10 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Bno
[1:10 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Yo cuadro cita para la otra semana
[1:11 p. m., 20/9/2019] Adriana: Yo no puedo creer que nos haga eso, nunca Nunca espere que alguien a quien quiero y defiendo con el alma, me hiciera eso
[1:11 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Yo no he mentodi
[1:11 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Yo solo fui hacer una peticion y eso fue lo q dijo la Abogada
[1:11 p. m., 20/9/2019] Adriana: Jineth le
Pagamos
Siempre por un trabajo de 4 horas en efectivo porque usted así lo pedía, le dábamos primas, y usted sabe eso
[1:12 p. m., 20/9/2019] Adriana: De verdad si quería hacemos daño, ya lo hizo
[1:12 p. m., 20/9/2019] Adriana: Entonces porfa solo ayúdeme en eso
[1:12 p. m., 20/9/2019] Adriana: En qué ls cita sea en la
Adriana
[1:12 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Si yo no he dicho lo contrario
[1:12 p. m., 20/9/2019] Jineth Palomino: Usted no me ha entendido

De su análisis, se desprende que la empleadora, Adriana Álvarez, comunicó a la señora Palomino que le pagó su salario correspondiente a las 4 horas laboradas y, además, le reconoció las primas de servicio. Ante la aparente falta de comprensión de la demandante respecto al reconocimiento de este pago, la empleadora expresó su confusión, a lo que la demandante respondió de manera concluyente con la frase "Si yo no he dicho lo contrario". Esta declaración, en opinión de esta sala, constituye una prueba contundente de que no existe deuda pendiente con la demandante por este concepto. Por ende, el argumento presentado tiene mérito y, en consecuencia, se revoca parcialmente el numeral segundo de la sentencia, absolviendo a los demandados de la condena impuesta por concepto de prima de servicios.

2.4. Sanción por la no consignación de las cesantías y sanción moratoria por el no pago de prestaciones. Respecto a estas pretensiones cumple recordar que, conforme al artículo 65 del CST, si al terminar el contrato el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Asimismo, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador no consigna las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En cuanto a estas indemnizaciones, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, subraya que no son una respuesta judicial automática ante el hecho objetivo de que el empleador, al finalizar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías a tiempo. El precedente insiste en que el juez debe, en cada caso, evaluar, según el material probatorio, si se revela o evidencia la buena fe del empleador frente a tal conducta omisiva (CSJ Rad. 32529 del 5 de marzo de 2009).

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

En el caso en estudio, la crítica se centra en el supuesto error cometido por la juez de primera instancia al inferir la mala fe de los empleadores. Contrariamente, se sostiene que el pago oportuno de salarios y primas, junto con la buena relación con la demandante, indican buena fe. Se argumenta que condenar las sanciones por falta de pago de prestaciones sociales y no consignación de las cesantías constituye una doble sanción injustificada para la parte demandada.

Descendiendo al sub examine, la censura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió la cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe de los empleadores. Contrariamente, sostiene que el pago oportuno de salarios y primas, junto con la buena relación con la demandante, indican buena fe. Se argumenta que condenar las sanciones por falta de pago de prestaciones sociales y no consignación de las cesantías constituye una doble sanción injustificada para la parte demandada.

Sin embargo, en este contexto, escudar el incumplimiento del deber legal de pagar las cesantías durante el contrato, basándose en una presunta buena relación y el pago puntual de salarios y primas, no es indicativo de buena fe. Era lógico y evidente que, si los demandados eran conscientes de la relación laboral y cumplían con los pagos de salarios y primas, era apenas lógico su conocimiento respecto a que también debían cumplir con el pago de los demás derechos laborales de la señora Palomino, y no a su arbitrio reconocer algunos y omitir otros.

Así las cosas, como quiera que las cesantías no fueron consignadas en su oportunidad, no erró la falladora de primer grado en condenar a los convocados a juicio al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, menos aun cuando advirtió la inexistencia de probanza tendiente a demostrar que el actuar de los demandados estuvo revestido de buena fe. Respecto a la sanción moratoria por la falta de pago de prestaciones sociales, se ratifica la condena, ya que, como se discutió anteriormente, el reconocimiento de esta sanción está condicionado a la existencia de buena fe por parte de los demandados, la cual no se demostró en este caso.

En relación con la imposibilidad de aplicar o condenar a dos sanciones simultáneamente, la sala considera que el argumento del recurrente no tiene fundamento, ya que la naturaleza de ambas sanciones es diferente. Una se refiere a la omisión de la consignación de las cesantías en el plazo establecido, y la otra a la falta de pago de prestaciones sociales al finalizar el contrato. Dado que los demandados incurrieron en ambas omisiones, la imposición de ambas sanciones es procedente, ya que no son excluyentes entre sí, como lo sería en el caso de una indexación o intereses por un mismo concepto.

En esas condiciones, se sigue confirmar la decisión de primer grado, pues ninguna equivocación incurrió la A quo en ordenar el pago de estas sanciones.

2.5. Pago de aportes a pensión. La apelación cuestiona la orden de realizar un cálculo actuarial para los aportes a pensión, argumentando que la demandante no lo solicitó y que no era procedente tal condena por facultades extra o ultra petita. La juez de primera instancia fundamentó esta decisión en la obligación de los empleadores establecida en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y, al no presentar la demandante respaldo documental, procedió a la condena tomando como IBC el 50% del salario mínimo.

En relación con el argumento específico objeto de la queja por el curador, la sala considera que el fallo de primera instancia no excedió sus límites al imponer dicha condena. En el escrito de la demanda, se evidencia que la solicitud de aportes a pensión estaba incluida en la décima pretensión, que rezaba: "Condenar a los señores Adriana Álvarez y Juan Camilo Maldonado al pago de aportes a pensión durante todo el tiempo laborado" (Expediente Digital PDF01ExpedienteFisicoDigitalizado). Además, al fijar el litigio y plantear el problema jurídico, la juez de primera instancia dejó claro que su alcance se circunscribía a determinar la procedencia del pago de los aportes pensionales por el tiempo laborado, como se registró en la audiencia del 24 de enero de 2023 (minuto 39:37 a 39:44). Cuando se dio el traslado al curador, este expresó su acuerdo con la fijación del litigio "totalmente de acuerdo con la fijación del litigio su señoría" (minuto 40:38).

En resumen, la condena no fue impuesta por facultades extra o ultra petita, ya que fue solicitada expresamente por la parte demandante y no generó objeciones o desacuerdo al plantearse el problema jurídico. Por lo tanto, la apelación carece de fundamentos sólidos para revocar la condena, especialmente cuando el apelante estuvo de acuerdo con la fijación del litigio. En consecuencia, no se avizora error alguno en la sentencia atacada frente a este punto y se confirmará la decisión adoptada.

2.6. Costas en segundo grado. En esta instancia a cargo de los demandados, ante la no prosperidad del recurso de apelación formulado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero del 2024, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 2º de la sentencia proferida el 24 de enero del 2024, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a los señores **JUAN CAMILO MALDONADO** y **ADRIANA**

ÁLVAREZ únicamente de la condena por concepto de primas de servicios, conforme a lo motivado.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **JUAN CAMILO MALDONADO** y **ADRIANA ÁLVAREZ**. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes en estados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JINETH FAISURY PALOMINO MENA** y a cargo de los demandados **JUAN CAMILO MALDONADO** y **ADRIANA ÁLVAREZ**, en la suma de \$1.300.000 a cada uno.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WADITH ENRIQUE JIMÉNEZ BLANCO
Demandadas: HOTELES DECAMERÓN COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S.
Radicación: 110013105-032-2019-00478-02
Tema: CONTRATO REALIDAD – CONTRATO DE CORRETAJE – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Wadith Enrique Jiménez Blanco instauró demanda ordinaria contra Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. – Hodecol S.A.S., con el propósito que se declare que en la realidad existió un contrato trabajo a término indefinido entre las partes, que inició el 15 de agosto de 2002 y culminó el 24 de julio de 2017. Solicita que se declare que la labor contratada se ejecutó en forma personal y subordinada, acatando las ordenes e instrucciones de la empresa; se declare que le fue asignado un puesto de trabajo, con los respectivos elementos para prestar sus servicios personales y desarrollar la función asignada; declarar que la demandada le cancelaba quincenalmente un salario variable como contraprestación por sus servicios, que al momento de la terminación del vínculo el salario fue de \$7'800.000; declarar que durante la existencia del contrato de trabajo no le pagaron las prestaciones sociales causadas; declarar que la sociedad resolvió de manera unilateral y sin justa causa legal el contrato realidad; en consecuencia, se condene al pago de cesantías, sus intereses, primas de servicio, vacaciones y pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y caja de compensación familiar, causadas desde el 15 de agosto de 2002 hasta el 24 de julio de 2017; se condene a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, sanción por la no consignación de las cesantías; se condene a la indexación de los anteriores conceptos; así como las condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, ingresó a laborar para la demandada a partir del 15 de agosto de 2002, mediante un supuesto contrato de prestación de servicios independiente (de corretaje comercial); inició sus labores en el cargo de promotor de oficina en la isla de San Andrés; por la labor recibió inicialmente un pago mensual de \$1.500.000, los cuales eran cancelados mediante transferencia bancaria o cheque; su labor consistía en diseñar estrategias y campañas de marketing para la venta de programas vacacionales en la ciudad de Bogotá y sus alrededores, incluyendo el reclutamiento y la capacitación directa a los promotores turísticos, para el cumplimiento de estas funciones se utilizaban salones de reunión, stands publicitarios, oficinas, escritorios, implementos de oficina, papelería, computadores, programas de software y celulares asignados por la Hodecol S.A.S.; siempre rendía cuentas y recibía órdenes de los

gerentes de sala y mercadeo, los supervisores comerciales y directivos financieros y administrativos; su horario de trabajo era de 9:00 a.m. a 9:00 p.m., con disponibilidad de los siete (7) días a la semana y con un día de descanso remunerado entre semana; en el mes de agosto de 2007 fue promovido al cargo de supervisor comercial I, devengando a partir de este momento \$4.000.000; en diciembre de 2012 fue promovido al cargo de jefe de mercadeo y/o supervisor comercial II, se le pagó salario más comisiones con base en las ventas regionales, más bonificaciones en dinero por el cumplimiento de metas, percibiendo un salario variable entre los \$6.000.000 y los \$7.800.000 mensuales aproximadamente, adicional a ello, recibía sumas habituales por concepto de viáticos y bonificaciones por cumplimiento de ventas; para ocultar el carácter salarial de los pagos reconocidos, la demandada hacia transferencias bancarias desde otras cuentas bancaria, usando como rótulo de referencia ante el sistema bancario "*abono por pago de proveedores*"; en los periodos de enero de 2007 a marzo de 2008, la empresa pagaba directamente las cotizaciones al sistema general de seguridad social, como si fuera un trabajador independiente y sobre un salario inferior al que mensualmente devengaba.

Refiere también que, desde el mes de noviembre de 2008 y hasta septiembre de 2010, la sociedad empezó a pagar los aportes a través de la cooperativa de trabajo asociado Convenios Horizonte, con el fin de encubrir la relación laboral; en octubre de 2010 a agosto de 2011, quedó por fuera del sistema, pese a seguir laborando con la demandada; para septiembre de 2011 fue pagado un mes de seguridad social a través de la empresa Soluciones Laborales Horizonte S.A.; hasta el mes de octubre de 2012 Decamerón comenzó a pagar sus aportes al sistema de seguridad social, en calidad de trabajador dependiente, reportando un salario muy inferior al que realmente devengaba. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 167 a 197)

2. Contestación de la demanda. Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. – Hodecol S.A.S. se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que entre las partes no ha existido ninguna relación laboral, por el contrario, lo que existió fue un contrato comercial de corretaje, con el objeto de poner en contacto a la empresa con potenciales compradores del producto Multivacaciones Decamerón, en tal sentido, el accionante en su condición de corredor actuaba como simple intermediario entre las partes interesadas en la compra y venta del producto en mención, facilitando de esta forma la relación comercial y actuando con total independencia; también señaló que, durante la ejecución del contrato el demandante contaba con plena autonomía técnica y administrativa para la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo, sin que en ningún momento estuviera sujeto a horarios o jornadas de trabajo, no contó con jefes inmediatos, así como quedó establecido en la cláusula primera del contrato de corretaje; refiere que, el actor siempre tuvo conocimiento de la naturaleza mercantil de la relación existente entre las partes, tanto por la forma en que se ejecutó el contrato, como por haberse establecido en esos términos en el contrato de corretaje, en el cual consta claramente que dicho acuerdo se regula por la legislación mercantil, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de acreencias de naturaleza laboral, no existiendo disponibilidad de carácter permanente o continuada, ni ningún tipo de subordinación o dependencia. Como excepciones de mérito formuló cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, incumplimiento de la carga de la prueba, innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 237 a 272)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de diciembre de 2023, en la que el fallador declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de agosto de 2002 y el 24 de julio de 2017, en consecuencia, condenó a Hoteles Decamerón al pago de cesantías por la suma de \$28.074.215, intereses a las cesantías por \$1.170.301, prima de servicios por \$6.888.244,

vacaciones por \$5.050.617, por sanción por la no consignación de las cesantías la suma de \$84.192.304; a su vez, impartió condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta por 24 meses, la cual se causó entre el 25 de julio de 2017 al 24 de julio de 2019 en cuantía de \$118.902.816, y a partir del 25 de julio de 2019 al pago de intereses moratorios sobre lo adeudado por concepto de cesantías, intereses a la cesantías y primas de servicios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera y hasta el momento de su pago definitivo, también condenó al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones en favor del demandante, teniendo en cuenta como salario entre el 15 de agosto de 2002 y el 31 de agosto de 2012 el equivalente al mínimo legal mensual vigente; para los meses de septiembre a diciembre de 2012 ordenó pagar los aportes teniendo como salario la suma de \$1.898.862.00; para el año 2013 tuvo como salario mensual la suma de \$2.861.756.00; para el año 2014 tuvo como salario mensual la suma de \$4.600.081.00; para el año 2015 tuvo como salario mensual la suma de \$4.594.490.00; para el año 2016 tuvo como salario mensual la suma de \$8.161.631.00; y para el año 2017 tuvo como salario mensual la suma de \$4.954.284.00; en aquellos periodos en los que se haya realizado el pago de aportes y que ya estén cancelados ordenó cancelar la diferencia entre el aporte efectuado y el que corresponde según los salarios reseñados; gravó en costas a la demandada. (Expediente electrónico, archivo 28 y 28).

El a quo fundamentó su decisión en que, conforme lo dispuesto en el artículo 23 del CST, para que se configure la existencia de un contrato de trabajo se requería la existencia de tres elementos, tales como la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración; a su vez refirió que en los términos del artículo 24 de la misma normatividad, existe una presunción según la cual toda relación de trabajo se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo tanto, quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, le corresponde acreditar la prestación del servicio para que esta se active a su favor y en esa medida le correspondería a quien la niega o desdice la existencia del contrato de trabajo, desvirtuar el elemento subordinación; conforme a ello y de acuerdo con los pruebas documentales aportadas al informativo, concluyó que el actor prestó sus servicios directamente con la demanda desde el 15 de agosto del año 2002 y hasta el 24 de julio de 2017, mediante un contrato de corretaje, a través del cual se prestaba el servicio de manera personal, teniendo como función buscar clientes para acercarlos a la compañía con la finalidad que compren los productos multivacaciones de Cameron, recibiendo por esta labor comisiones, teniendo ingresos variables, los cuales se transferían a su cuenta bancaria, utilizando para la ejecución de esta labor los espacios de la compañía, entre ellos, la sala de ventas, y con papelería de la demandada. Adicionalmente, sostuvo que, el representante legal de la sociedad demandada reconoció la prestación de los servicios personales desde el año 2012 hasta julio 2017, aunado a ello, encontró acreditado este hecho con las certificaciones emitidas por la demandada.

Estimó que la sociedad demandada no ejerció ninguna actividad probatoria encaminada a desvirtuar el elemento subordinación, en la medida que se limitó a alegar contrato de prestación de servicios, comunicación de terminación de este y certificaciones, por el contrario se encontraba acreditado este elemento con los correos electrónicos aportados y las pruebas testimoniales de Marcelo Tarazona, Diana Rocío García, quienes refirieron que para que se otorgaran las vacaciones o permisos se debía contar con la autorización del representante de Decamerón, que era el subdirector encargado; también utilizaba todas las herramientas suministradas por la compañía, contaba un celular que debía contestar 24/7, material de apoyo como ayuda audiovisual que debían utilizar para la captación de los clientes, debía realizar seguimiento al personal y reportar a la línea administrativa, determinar las personas en cada hotel, supervisar la labor y organizar los

descansos de cada una de ellos, elementos de convicción que lo llevaron a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Respecto al salario, estableció que este era variable y de acuerdo con los extractos bancarios se lograba acreditar lo devengado por el demandante a partir del mes de septiembre de 2012, y ante la falta de demostración de lo percibido en años anteriores, determinó devengó un salario mínimo entre el 15 de agosto del año 2002 al 31 de agosto de 2012, ahora, para septiembre a diciembre de 2012, el ingreso demostrado fue de \$1.898.862, para el 2013 fue de \$2.861.756, en el año 2014 fue de \$4.600.081, en el 2015 fue de \$4.594.490, para el 2016 \$8.161.631 y finalmente para el 2017, este fue de \$4.954.284.

Establecida la existencia de la relación laboral, determinó que, en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, la excepción de prescripción procedía de manera parcial para el caso de los intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, salvo para las cesantías, en la medida que la demanda fue presentada dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo laboral, por lo que sobre esta prestación no opera la prescripción, en esta medida condenó a \$28.074.215 correspondiente a lo causado durante toda la relación laboral. Respecto a sus intereses, determinó que estos se encuentran prescritos desde 10 de julio de 2016, sin embargo, como los mismo deben ser cancelados en enero de 2017, condenó a su pago por todo el año 2016 y la fracción del año 2017, que corresponden a \$979.395,72 y \$190.905, respectivamente, para un total de \$1.170.301. En el caso de las primas de servicios, condenó al pago de lo causado en el segundo semestre de 2016, que corresponde a \$4.080.816 y la fracción del año 2017 por valor de \$2.807.428, para un total \$6.888.244. Frente a las vacaciones condenó al pago de lo causado entre el 10 de julio de 2015 al 24 de julio de 2017, para un total de \$5.050.617, teniendo en cuenta un salario promedio de \$4.954.284.

Para impartir condena por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, tuvo en cuenta la totalidad del periodo laborado y los salarios determinados con anterioridad. Absolvió por aportes en salud, como quiera que ellos no conducen al disfrute de beneficio alguno para el demandante.

En lo concerniente a la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la sanción moratoria del artículo 65 del CST, indicó que para su imposición se debía acreditar la mala fe de la sociedad demandada, la que se encontraba suficientemente demostrada en la medida que esta disfrazó el vínculo contractual con el demandante a través de diversas figuras jurídicas como el trabajo en misión, la vinculación a través de cooperativas, el contrato de corretaje, lo que conllevó a la imposición de estas condenas.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión **Hodecol S.A.S.** formuló recurso de apelación esgrimiendo que discrepa de la valoración probatoria realizada, debido a que las cadenas de correos electrónicos no evidencian que el actor tuviera que solicitar autorización o permisos para ausentarse de su lugar de trabajo, por el contrario, evidencia que no existía ninguna imposición de horarios. Además, no existe medio de prueba alguno que acredite que hubo una subordinación del actor por parte de la empresa, lo que pudo existir fue subordinación hacia otros contratistas, pues conforme lo alegó el propio demandante él tenía autonomía frente al personal que seleccionaba, contrataba y capacitaba, y de ello también dan cuenta los testimonios practicados, quienes a su vez también eran contratistas.

Argumentó que, respecto a la presunción que se deriva de la prestación personal del servicio, debe ser analizada en armonía con la carga de la prueba, y con ocasión a ello,

al demandante le correspondía no solo probar los extremos temporales, sino también el salario y la continuada dependencia y subordinación, so pena de que se aplique un resultado adverso a sus pretensiones.

Manifiesta que si bien, la entidad que representa le otorgaba papelería y suministraba las instalaciones, esto no se podría tomar como una subordinación y debe ser visto de forma diferente, como quiera que esto se hace con la finalidad de garantizar la confianza con el consumidor y generar una imagen corporativa, lo que no es un indicio, ni una prueba de la existencia de una relación laboral. A su vez, manifiesta el recurrente que, de acuerdo con los testimonios y el propio interrogatorio de parte, las labores podían ser desarrolladas por el actor incluso en la calle y no estaba sometido a un lugar en específico, con lo cual se desvirtúa la subordinación, acreditándose de esta forma que él tenía plena autonomía para el desempeño de sus actividades.

Por otro lado, indica que las certificaciones de “*top seller*” y “*booker*” que obran en el expediente, únicamente demuestran que el actor tenía unas cualidades, unas características especiales que justificaban esa contratación de prestación de servicios y que era ajena a la del giro ordinario del negocio que desempeña Decamerón, actividad comercial que era autónoma e independiente.

Entonces, no existiendo medio de prueba alguno que acreditara los tres elementos constitutivos de la relación laboral, conforme lo dispone el artículo 23 del CST, correspondía al operador judicial proferir una decisión adversa a las pretensiones de la demanda, en vista que, la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, solicitudes, informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia no implica necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, por lo que, con independencia de si hubo o no una coordinación de horarios, lo cierto es que este solo elemento por sí solo no desvirtúa la naturaleza comercial de los acuerdos suscritos entre las partes.

De otro lado, refiere que las consignaciones que se realizaron como portal empresarial, no pueden ser tomadas como una presunción, dado que no hay medio de prueba alguno que justifique que existió alguna relación entre la sociedad y cada uno de los pagos que se anuncian como realizados a partir de este medio y por ello, no se puede indicar que todas las transferencias realizadas son salario y mucho menos que se puedan atribuir a la sociedad demandada.

Adicionalmente, manifiesta que los correos electrónicos que reposan en el plenario, reflejan que el actor no tenía descanso pendiente, con lo cual, la condena por vacaciones resulta absurda.

También afirma que la compañía ha actuado de buena fe y prueba de ello, son las planillas tipo y, con lo cual pretendió garantizar el pago de aportes al contrista, además de evitar la evasión de las cotizaciones a la seguridad social, por lo que, no hay lugar la prosperidad de las indemnizaciones, pues el juzgado aplicó una presunción de mala fe que está vedada por el ordenamiento jurídico; además de actuar de buena fe, la compañía obró bajo el convencimiento honesto y sincero de que el demandante no tuvo un vínculo laboral que le generaría el derecho al pago de las acreencias que hoy se reclaman, de tal manera que, no cabe duda alguna de Decamerón procedió con lealtad y honradez sin ninguna intención dirigida a desconocer los derechos del señor Jiménez, incluso se realizó el pago de aportes por planilla, conforme a lo expuesto incluso en el artículo 26 de la Ley 1093 de 2010.

Finalmente, sostuvo que se debía tener en cuenta que, el demandante durante la vigencia del contrato comercial, nunca manifestó inconformidad sobre el vínculo que sostenía con la empresa, por lo cual resulta infundado que ahora pretenda alegar una mala fe de parte de Decamerón.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión y para tal efecto, sostuvo que al interior del proceso se demostró la existencia del vínculo laboral entre las partes, por lo que solicita que sea confirmada la decisión proferida

Por su parte, la convocada a juicio sostuvo que el A Quo erró al desconocer la existencia de un contrato comercial suscrito entre las partes, en la medida que la actividad del demandante nunca fue subordinada y al no demostrarse este elemento no había lugar a la imposición de las condenas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Hodecol S.A.S. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿El A quo erró al declarar la existencia de la deprecada relación laboral entre el actor con la sociedad Hodecol S.A.S.; (ii) ¿Se encuentra desvirtuado el elemento de la subordinación por parte de la convocada a juicio?; en caso positivo (iii) ¿Hay lugar a negar a las súplicas de la demanda?

3. Relación laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, y contrario a lo sostenido por el apelante, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **“la primacía de la realidad sobre las formas”**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo, sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, se tiene que el apoderado recurrente cuestiona la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, por no encontrarse reunidos sus elementos esenciales. A pesar de lo anterior, la sala debe ser enfática en reseñar que, la enjuiciada no plantea ninguna censura frente a las conclusiones a las que arribó el juzgado de instancia respecto a la prestación personal del servicio, en todo caso, este hecho se encuentra acreditado no solo con la prueba documental adosada al expediente, tales como los reconocimientos realizados por la encartada al actor por "*top booker in house año 2004*" "*top seller año 2004*", certificación existencia contrato de prestación de servicios, contrato de corretaje y comunicación de fecha 19 de julio de 2017, en la que se da por finalizado el contrato de corretaje por parte del Hodecol S.A.S. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 41 a 43, 147, 274 a 280, 282); sino con la propia confesión del representante legal de la convocada a juicio, quien refirió que el señor Wadith Jiménez prestó sus servicios de "*manera personal y directa*" para la sociedad.

En este mismo sentido, con las declaraciones de los testigos Marcelo Tarazona Cubides (jefe nacional de mercadeo y ventas de la demandada hasta el 2017) y Diana Roció García Rey, se tiene por acreditado que el gestor de la litis fue vinculado con Decamerón a través de un contrato de prestación de servicios para desempeñar la labor de jefe de mercadeo en la isla de San Andrés, actividad laboral que debía ser ejecutada de manera personal.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del accionante al servicio de la convocada a juicio, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST. Así las cosas, tenemos entonces que le corresponde a la accionada y no al actor, como lo sugiere el apelante, demostrar que el promotor del litigio desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como se señala desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación que entre las partes existía un contrato de corretaje o se tilde al actor como un comisionista.

En ese orden, frente al contrato de corretaje que aduce la convocada a juicio celebró con el actor, debe recordarse que el artículo 1340 del Código de Comercio señala que es corredor aquella persona "*que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación.*" Bajo dicha disposición, la Sala encuentra que el A quo no incurrió en los desatinos endilgados por la enjuiciada, al colegir la inexistencia de dicho vínculo comercial entre los contendientes, ya que la actividad o labor desempeñada por el promotor del litigio carecía de tal autonomía e independencia y no intermediaba entre dos personas que sólo pretenden celebrar un negocio comercial, en tanto que estaba ligado a estas, principalmente por una relación de subordinación ejercida por la empresa

sobre aquél en aspectos como la ejecución constante de la labor de venta y mercadeo, el reporte de ventas, utilización de papelería, asistencia a reuniones, capacitaciones, y sujeción a un precio de venta, cumplimiento de metas y horarios de trabajo, entre otras circunstancias que evidencian la dependencia y disponibilidad del trabajador.

Nótese, que el haz probatorio respalda este punto, a pesar que la censura acuse la decisión impugnada de valorar indebidamente las pruebas recaudadas en este juicio, por lo que ningún reproche se le puede hacer al juzgador de instancia frente a dicho asunto. En particular, el declarante Marcelo Tarazona Cubides, quien ocupó los cargos de Supervisor de Mercadeo en Bogotá y luego Jefe Nacional de Mercadeo y Ventas durante el período de 2003 a 2017, y fue el superior directo del demandante, confirmó que este estaba sujeto al cumplimiento de un horario de trabajo que iniciaba desde las 09:00 a.m. y finalizaba a las 09:00 p.m., y en temporada alta este se podía extender hasta altas horas de la noche. También refirió que el trabajador recibía capacitaciones constantes en temas relacionados con mercadeo por parte de empleados de Decamerón y describió las responsabilidades que debía cubrir en su puesto, como reclutar y capacitar vendedores, llevarle las métricas e indicadores de gestión, cumplir con las metas mensuales asignadas. Es importante destacar que su testimonio es creíble, ya que, aunque mencionó que sus funciones se realizaron en Bogotá, estaba familiarizado con las responsabilidades del demandante, dado que, como Jefe Nacional de Mercadeo y Ventas, era responsable de dirigir y dar las instrucciones necesarias para el adecuado cumplimiento de las labores contratadas.

Además, Diana Rocío García Rey, declarante en el caso, también confirmó que al demandante, en calidad de jefe de mercadeo, se le asignaba un horario laboral que comenzaba a las 9:00 a.m. y se prolongaba hasta que se alcanzaban las metas diarias establecidas, bajo la supervisión y coordinación de sus superiores directos, entre los que se encontraba Marcelo Tarazona Cubides.

De igual forma, resulta totalmente diáfano que el gestor de la litis, debía contar con autorización para ausentarse de su puesto de trabajo por parte de sus jefes directo, y así claramente se avizora de los correos electrónicos adosados al plenario (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 116 a 122), los cuales dan cuenta que el demandante el 24 de marzo de 2017 solicitó la concesión de unos días de descanso y en respuesta a dicha misiva, Roberto Padilla de Multivacaciones Decameron, requiere a los jefes de mercadeo, entre ellos al actor, para que *"envíen un cuadro con los descansos programados del mes de abril, de todo el personal a cargo de ustedes"*, recordándoles que *"En las salas de in house durante la semana santa no descansa nadie"*. A su vez, se tiene que, fue solicitada la terminación del contrato del accionante por no presentarse a trabajar desde el 13 de julio de 2017, sin que se contara con la correspondiente autorización, hechos que fueron escalados hasta el área de recursos humanos de la demanda a través del señor Alexander Rodríguez Cárdenas, quien contaba con la dirección de correo electrónica alex.rodriguez@multivacacionesdecameron.com, lo que sin lugar a equívocos denota que la actividad laboral no fue ejecutada de manera autónoma e independiente.

Ahora, al detener la mirada en los citados correos electrónicos, vale decir que cumplen con los parámetros normativos para ser valorados como medios de prueba, en tanto que aquellos no solo permiten identificar su autoridad, iniciador y firma, en términos de la Ley 527 de 1999, sino, porque detallan que fueron aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, de conformidad con el artículo 247 del CGP, a más de que en momento oportuno nunca se alegó que se le hayan hecho supresiones, cambios, alteraciones o adiciones, suplantación de alguna firma o en su defecto hayan sido tachados de falsos, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del mismo estatuto procesal, ha de tenerse en cuenta como documentos auténticos.

De otro lado, no se puede perder de vista que el objeto del contrato al que se comprometió el demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer la Sala que las labores ejecutabas por el convocante a juicio no requerían de un conocimiento particular, es decir, no se encontraban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica ajena al giro ordinario de las labores de la sociedad Hodecol S.A.S., a lo que se suma que se desarrolló de forma permanente, pues se prestó durante más de 14 años ininterrumpidos, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo inicial de promotor de ventas, posteriormente el de supervisor comercial y finalmente el de jefe de mercadería en la Isla de San Andrés; labores que además no eran extrañas al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades de *"administración de portafolio de muebles y la realización de todo tipo de actividades relacionadas con la inversión, estructuración, dirección, administración, promoción, ejecución, desarrollo y gerencia de proyectos hoteleros"* (indicio de relación laboral - CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); lo anterior, conforme se desprende del certificado de existencia y representación. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 209 a 224). Así entonces, las labores ejecutadas por el demandante en favor de Decamerón por un largo periodo, no se acompasan con el propósito del contrato de corretaje, pues se insiste, que en esta figura contractual el corredor o mediador solo pone en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial.

Además de lo anterior, no se avizora que el elemento *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de trabajo se haya quebrantado, pues no se observa que se hubiera acordado entre las partes que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado, máxime que en el literal g) de la cláusula tercera del contrato de corretaje se obligó a Wadith Enrique Jiménez Blanco a prestar el servicio de manera personal, pactándose textualmente que *"Este contrato se celebra intuitu personae, por lo que EL CORREDOR deberá cumplir personal y directamente con las obligaciones que aquí adquiere, para el debido cumplimiento del objeto del contrato"*, sumado a ello, debe tenerse en cuenta que en la cláusula décima primera se acordó *"no podrá ceder el presente contrato toda vez que el mismo es intuitu personae"*. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 274 a 280)

A su vez, se hace hincapié que, contrario a lo manifestado por el recurrente, las distinciones dada a Wadith Jiménez por *"top booker in house año 2004"* "Top seller año 2004" en nada justifican la contratación de la forma en la que se realizó, esto es a través de un contrato diametralmente diferente al laboral, pues precisamente este reconocimiento obedece a la loable labor ejecutada por el actor a favor de la enjuiciada relacionada con la promoción y venta del producto denominado *"multivacaciones Decamerón"*, por lo que no resultan ser de recibo las alegaciones relacionadas con que la comercialización de este producto vacacional es ajena a la del giro ordinario de la actividad comercial desarrollado por la compañía demandada.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que, para el desarrollo de las actividades le fue suministrado al actor uniforme, consistente en una camiseta que contaba con el logo de la empresa o de multivacaciones Decamerón que lo identificaba como empleado de la misma. Además, se le asignó un teléfono corporativo que debía estar disponible las 24 horas del día, los 7 días de la semana, so pena de incurrir en sanciones, descuentos y reportes ante el área de recursos humanos, conforme lo advirtió el testigo Marcelo Tarazona Cubides. Según la declaración de este testigo, respaldada por la Diana Rocío García Rey e inclusive con lo manifestado por el propio representante legal de la

enjuiciada, además de estos elementos, también se le otorgaba por parte de la compañía papelería, estrategias de venta, material de apoyo e instalaciones locativas, tales como stands o salas de venta. Estas afirmaciones encuentran sustento lo pactado en el tantas veces referido contrato de corretaje, como quiera que, en su cláusula segunda la accionada se compromete con el señor Jiménez a suministrarle “las instalaciones, información, documentos, literatura y demás facilidades que este requiera para cumplir con el objeto del presente contrato”.

En este particular asunto, también se debe resaltar que si bien, el actor al momento de absolver el interrogatorio de parte manifestó que su labor la podía realizar en cualquier lugar, tal manifestación no constituye una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, en la medida esta simple afirmación no desvirtúa el elemento de la subordinación, más aún cuando, los demás medios de convicción acreditan lo contrario, esto es que su actividad fue dependiente o subordinada.

Por tanto, no comparte la Sala aquellas intelecciones del apelante, ya que el esfuerzo realizado por la llamada a juicio para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resultó infundado. El hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral. Este argumento no puede ser descartado simplemente porque al demandante se le pagaban comisiones. El hecho de haber denominado de una manera diferente al salario no disminuye su naturaleza como una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente.

De todo lo anterior se concluye que, la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida por la pasiva, como acertadamente lo concluyó el juzgador de instancia, en la medida que el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de corretaje, por cuanto es evidente que el accionante no ejecutó el servicio con sus propios medios, métodos, logística y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en la forma dispuesta por el dador del laborío, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social.

Aunado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, la labor del corredor se encamina a facilitar a las personas el acercamiento para concertar un negocio jurídico, función que no fue ejecutada por el gestor de la Litis en estos términos, pues su labor no fue la de intermediar en la compra y venta de servicios turísticos o de alojamiento ofrecidos por la demandada, sino directamente su comercialización en beneficio del contratante y de ello, dan fe claramente las declaraciones de los testigos Diana Roció García Rey y Marcelo Tarazona Cubides, que constatan que el accionante a través de un equipo de trabajo conformado por supervisores y vendedores, se encargaba de realizar el negocio jurídico con los mercaderes en representación de Hoteles Decamerón Colombia S.A.S., a su vez, esta labor se encontraba sujeta a medición y el cumplimiento de metas diarias y el consecuente reporte ante los jefes inmediatos, quienes a su vez debían escalarlo hasta la vicepresidencia de la sociedad, conforme lo advirtió este último testigo.

Probanzas que ineludiblemente reflejan la existencia de un contrato de trabajo, pues bajo ninguna óptica puede asimilarse que las labores de promotor de ventas, supervisor comercial o el de jefe de mercadero, cargos desempeñados por el actor durante su vinculación con la llamada a la contienda, sean las propias a las de un corredor.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación ningún error se le puede endilgar al Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se

ejecutó en bajo la continuada dependencia y subordinación, en tal sentido, se desestiman los argumentos expuestos por el recurrente, en consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada, en lo que al punto objeto de estudio se refiere.

4. Salario. Si bien, no se cuestiona por parte del recurrente los valores hallados por concepto de salarios causado durante la vigencia de la relación laboral, esto es entre el 15 de agosto de 2002 al 24 de julio de 2017, lo cierto es que, si se censura por parte del apoderado que se tengan en cuenta como pagos efectuados al actor todos los realizados a través del portal empresarial, dado que a su juicio no existe relación alguna entre la sociedad y los pagos reflejados en los extractos bancarios allegados.

Por lo anterior, advierte esta colegiatura que, de acuerdo a lo dicho por quién ejerció la representación legal de la enjuiciada al momento de absolverse el interrogatorio de parte, así como por los testigos Marcelo Tarazona Cubides y Diana Rocío García, los pagos productos de la gestión laboral ejercida por el actor eran consignados en su cuenta de ahorros del banco Davivienda, en esta medida, se tiene que el actor aportó los extractos de esta entidad financiera (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 123 a 143), del que se evidencia que al señor Jiménez se le realizaban consignaciones mensuales por concepto de "*Abono Por Pago De Proveedores*", mediante "*PORTAL-EMPRESARIAL*", lo que permite concluir que dichos depósitos corresponden a la remuneración por el trabajo ejecutado a favor de Hodecol S.A.S., máxime cuando dentro del plenario no se ha demostrado por parte de esta, que el trabajador tuviera otra actividad económica o laboral y que sus utilidades o salarios fueran consignados en esta misma cuenta.

Adicionalmente, refiere el apelante que no todas las transferencias realizadas son salario, en esa medida, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorguen para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al indicar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (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..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

Con fundamento en los anterior, se deben analizar los medios de convicción para establecer si la suma que cancelaba la empleadora al actor, constituía salario en los términos del artículo 127 del CST, es decir, si la recibía como contraprestación directa del servicio, o si por el contrario, ese pago no tenía esa connotación a voces del artículo 128 ibídem, por ser un beneficio otorgado en forma extralegal por el empleador y además haber dispuesto las partes expresamente restarle incidencia salarial.

Para tal efecto, encuentra esta colegiatura a partir del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal y los testimonios, Diana Rocío García Rey y Marcelo Tarazona Cubides, las comisiones y las bonificaciones generadas por la actividad laboral eran consignadas en la cuenta de ahorros del banco Davivienda, pagaderos los días 5 y 20 o 10 y 25 días de cada mes, sin que el dador del laborío efectuara un mínimo esfuerzo tendiente a acreditar que los estipendios depositados en las arcas del actor obedecían a una causa disímil a la prestación del servicio, lo que sin lugar a equívocos, conlleva a

demostrar que todo lo percibido por el actor y consignado en la entidad financiera constituida salario en los términos del artículo 127 del estatuto sustantivo laboral.

En esta medida, no hay lugar a acoger los argumentos expuestos por el recurrente y en consecuencia, se deberá confirmar la decisión adoptada por el a quo, en lo que a este asunto se refiere.

5. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador.

Refiere el apoderado de la convocada a juicio que, los correos electrónicos que reposan en el plenario, reflejan que el actor no tenía descanso pendiente, lo que a su juicio conlleva a que la condene por vacaciones se torne improcedente.

Sobre el particular, se tiene que en el presente juicio no han sido demostrado que Wadith Jiménez haya disfrutado las vacaciones causadas en el curso de la relación laboral, ahora, la prueba documental a la que alude el apoderado de la parte demandada, no acredita en lo más mínimo que se le hayan concedido días de vacaciones, en la medida que en correo electrónico del 24 de marzo de 2017, el actor le comunica a Roberto Carlos Padilla de Multivacaciones Decamerón, que cuenta con "*10 días autorizados a partir del 25 de marzo al 5 de abril*", sin que se encuentre evidencia que para este interregno se le hayan concedido dicho descanso y mucho menos que el mismo haya sido remunerado, resultando procedente entonces la imposición de la condena por este concepto, por ello, se confirmará la sentencia apelada y se desestimarán las alegaciones presentadas por el recurrente frente a este asunto.

6. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con la indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece

que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de corretaje, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta, sin mayores discusiones, que el dador del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el promotor del proceso a favor de las llamadas a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

Ahora, no puede tomarse como eximente de esta condena, el hecho que Hodelco S.A.S. en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1093 de 2010 haya condicionado la ejecución o el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contratos, a la verificación de la afiliación y el pago de los aportes al sistema de protección social por parte del actor y mucho menos que estos se hayan efectuado a través de la Planilla tipo Y, en la medida que, precisamente la imposición de esta sanción deviene del actuar irregular y desprovisto de buena fe con la que actuó la enjuiciada al encubrir el verdadero vínculo laboral existente entre las partes, con el único propósito de soslayar los derechos del actor.

Finalmente, el hecho que el promotor de la contienda no haya elevado ninguna reclamación tendiente a desvirtuar la existencia de la relación comercial, durante su ejecución, ello no convalida el proceder reprochable con el que ha actuado frente a su trabajador dependiente y subordinado, en la medida que la falta del ejercicio del derecho de acción, deriva precisamente en la prescripción de algunas acreencias laborales, no por ello, se puede concluir que la accionada fue una operadora de buena fe, se itera, encubrió a través de otras modalidades de contratación la verdadera existencia de un contrato de trabajo a término fijo.

Razones más que suficientes para mantener incólume esta condena.

7. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la sociedad demanda Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. – Hodecol S.A.S., por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

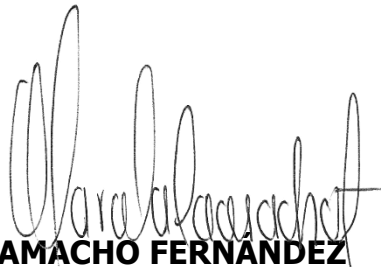
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2023, por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de la sociedad Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. – Hodecol S.A.S. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



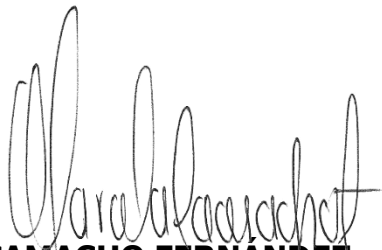
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. – Hodecol S.A.S., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: REINEL DE JESUS GRAJALES VANEGAS
Demandada: UGPP
Radicación: 110013105-020-2023-00151-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN CONVENCIONAL- MESADA
14- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Reinel de Jesús Grajales Vanegas instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito que se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el 27 de junio de 1.999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años, y con 20 años de servicio a la Caja; se declare que su derecho pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999, con el retiro del trabajador por decisión de tal entidad y haber laborado 20 años para esta, tal como lo establece el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1998 – 1999; se declare que el derecho pensional convencional, fue adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, puesto que la convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 que lo cobija fue suscrita el 15 de abril de 1998 entre la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria “SINTRACREDITARIO”; se declare que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce, desde la fecha que cumplió la edad de 55 años para entrar a disfrutar del derecho pensional convencional, esto es, desde el 11 marzo de 2008; en consecuencia, solicita que se condene a la entidad demandada a restablecer, liquidar y ordenar el pago a su favor de la mesada catorce o mesada adicional de junio, causadas desde junio de 2009 y a futuro, junto con su indexación desde junio de 2009 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago; se condene al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas desde junio de 2009 y hasta cuando sea incluido en nómina para el pago, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de veinte años, entidad que dio por terminado el contrato de trabajo el 27 de junio de 1999; para el momento del despido contaba con más de 20 años de servicio con la Caja, y no había cumplido la edad de 55 años; adquirió el derecho de la pensión convencional el 27 de junio de 1999 (fecha en que fue despedido), la cual hizo exigible una vez cumplió la edad de 55 años, esto es, el 11 de marzo de 2008; la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación; emitió la Resolución No 6011 del 04 de abril de 2008, por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional, en cuantía inicial que ascendió a la suma de \$859.451,55 a partir del 11 marzo de 2008, igualmente se le reconoció y ordenó el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce; para liquidar la primera mesada

pensional convencional, no se actualizó o indexó el salario promedio devengado durante el último año de servicios en la Caja Agraria; ésta a su vez emitió Resolución número 6355 del 28 de julio de 2008, por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional, en cuantía inicial que ascendió a la suma de \$1.484.550,21 a partir del 11 marzo de 2008; la pensión convencional junto con las mesadas adicionales, se le venía pagando de manera pacífica, hasta el mes de junio de 2008, de manera sorpresiva, unilateral, y sin que mediara autorización ni orden judicial, ordenó el no pago de la mesada adicional de junio de 2009; finalmente indica que, conforme lo establecido en el artículo 6º del CPT y SS, agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 03 TramiteNotificacion); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, solo son acreedores al pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio, las personas que hubiesen adquirido el status pensional antes del 29 de julio de 2005 y aquellas personas que, con posterioridad a esta fecha, adquieren su status antes del 31 de julio de 2011, y perciban una mesada pensional igual o inferior a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV), conforme lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2005, por tal razón, no le asiste derecho a la parte accionante, en la medida que el valor de la mesada pensional otorgada en la resolución No. 06011 del 04 de abril de 2008, modificada por la Resolución No. 6355 del 28 de julio del mismo año, es superior a los tres (3) SMLMV, para el año de la efectividad, sumado a que la pensión convencional fue reconocida años después de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005. En su defensa formuló las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación, prescripción, improcedencia de pago de intereses moratorios, buena fe, cobro de lo no debido y compensación. (Expediente electrónico, PDF 04ContestacionUGPP, pág. 3 a 9)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero de 2024, en la que el fallador de primera instancia condenó a la UGPP a reconocer, restablecer y pagar al actor la mesada 14, a partir de 14 de febrero del año 2020, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, absolvió de las demás pretensiones y gravó en costas a la entidad pública.

Como sustento de su decisión indicó que no se encontraba en discusión que el demandante había laborado para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por espacio de más de 20 años, y que, en virtud de ello, le fue reconocida una pensión de jubilación convencional a partir del 11 marzo de 2008, mediante Resolución 6011 del 04 de abril de 2008.

A su vez, sostuvo que, de acuerdo con el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja y Sintracreditario vigente para los años 1998 a 1999 y en aplicación de lo establecido por la CSJ, el derecho a la pensión de jubilación se causa con el retiro del trabajador o la decisión de terminación del empleador, siempre que tenga causado 20 años de servicios, siendo la edad una condición para su goce o su disfrute, más no de causación; al actor se le reconoció la pensión a partir del 11 marzo de 2008 fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, además para esta fecha ya contaba con más de 20 años de servicio, al ser ello así al actor no le eran aplicables las reglas establecidas en el acto legislativo 01 de 2005, por ser posterior a la fecha de causación de la prestación, teniendo en cuenta que esta fue el 27 de junio de 1999, por ello, el pago de la prestación

debió haberse mantenido como inicialmente se reconoció, es decir por 14 mesadas pensionales en el año.

Respecto a la excepción de prescripción, indicó que, de acuerdo con la certificación expedida por el FOPEP, el pago de la mesada catorce fue suspendida en el mes de junio de 2008, por lo que a partir de esta data se hizo exigible su reclamación, no obstante, solo hasta el 14 de febrero de 2023 se presentó la reclamación administrativa, esto es por fuera del término trienal, lo que conllevó a que prosperara la prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al 14 de febrero de 2020.

En lo concerniente a los intereses moratorios, argumentó que la prestación reconocida al actor no está regulada por el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, por lo que se tornaba improcedente esta pretensión, en esa media se debían indexar las mesadas adeudadas, con la finalidad de recuperar el poder adquisitivo de la moneda. (Expediente electrónico, archivos 08ActAudienciArticulos77y80CPTYSS)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **accionada** interpuso recurso de apelación señalando que, se desconoció el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, el cual fue limitado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pue allí se estableció que aquellas personas que percibieran una mesada igual o superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes no tendrían derecho a la mesada adicional. Deja en evidencia que el demandante para el año 2008 percibía con una mesada pensional equivalente a \$1.482.550, esto es, más de 3 salario mínimos, si se tiene en cuenta que este para esta data ascendía a \$461.500, por lo que no tiene derecho al pago de la mesada adicional reclamada.

6. Alegatos de conclusión. La UGPP presentó alegatos de conclusión manifestando que la demandante no es beneficiaria de una mesada adicional o mesada catorce, en virtud de la naturaleza de la pensión, adicional a que, cumplió su status pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y la mesada reconocida es superior a 3 SMMLV.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala establecer el siguiente: ¿Al demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14, o si por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?

3. Mesada adicional de junio. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que (i) El actor estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 16 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999 (ii) El derecho pensional se concedió a la luz del parágrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, con 20 años de servicio y 55 años de edad, que se advirtieron satisfechos al 11 de marzo de 2008 (iii) La cuantía inicial de la pensión correspondió a la suma de \$859.451,55, conforme Resolución 6011 del 4 de abril de 2008 (iv) La pensión fue reliquidada mediante Resolución No. 6355

2551 del 28 de julio de 2008, para en su lugar tener como primera mesada pensional la suma de \$1.484.550,21, (v) La entidad dispuso la suspensión de la mesada 14 a partir de junio de 2009 al considerar que con el Acto Legislativo 01 de 2005 se afectaba el derecho del trabajador.

Es pertinente recordar que las pretensiones del actor se orientan a obtener el restablecimiento de la mesada adicional de junio. Es crucial precisar que, según el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como a los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión, los cuales se cancelan con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994.

Es importante destacar que según la sentencia C-409-1994, la mesada catorce es aplicable a todos los pensionados, sin importar si la prestación fue causada antes o después del 1º de enero de 1988.

Por otro lado, debido al Acto Legislativo 001 de 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se cause después de dicha reforma constitucional no pueden recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas cuya pensión sea igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y que se cause antes del 31 de julio de 2011, en cuyo caso tienen derecho a 14 mesadas al año.

Por lo tanto, para determinar si la reforma constitucional de 2005 afectó el derecho del demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por jubilación convencional. Para ello, se debe tener en cuenta que el inciso 8º del mencionado acto legislativo establece que dicho derecho se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a él, incluyendo la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como otras condiciones establecidas por la ley.

En este sentido, es importante destacar que el demandante es beneficiario de la Pensión de Jubilación Convencional de acuerdo con el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de Trabajadores, vigente entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 1999. Esta disposición establece que los trabajadores que cumplan 20 años de servicio y alcancen la edad de 50 años las mujeres y 55 años los hombres tienen derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. Además, se dispone que los trabajadores que se retiren o sean retirados del servicio sin haber cumplido la edad de jubilación tienen derecho a la pensión al alcanzar dicha edad, siempre que hayan cumplido el requisito de 20 años de servicio a la institución.

"ARTÍCULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"

PARÁGRAFO PRIMERO. - El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho

a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución”

La interpretación de esta cláusula ha sido clarificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, donde se establece que el parágrafo 1º de la disposición convencional se aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes perdieron su condición de trabajadores activos durante la vigencia del acuerdo convencional. En este sentido, la edad se considera como un requisito de exigibilidad, no de causación del derecho pensional (SL526-2018, SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019)

"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se producirse cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.”

En resumen, la prestación de la mesada catorce está concebida para los extrabajadores que perdieron su condición laboral durante la vigencia del acuerdo convencional y que hayan laborado al menos 20 años para entidad. La edad de 55 años, en el caso que nos ocupa, es simplemente un requisito de exigibilidad del derecho.

Bajo estos supuestos, tal como se mencionó anteriormente, se ha demostrado que el trabajador prestó servicios con la extinta Caja Agraria desde el 16 de mayo de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, totalizando así 21 años y 37 días de labor. Es evidente que, para la fecha de finalización del laborío, es decir, el 27 de junio de 1999, estaba vigente la

cláusula 41 convencional, lo que significa que desde esa fecha quedó causado su derecho pensional y, por ende, surgió a la vida jurídica.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el demandante se encuentra dentro de las condiciones contempladas por el Acto Legislativo 001 de 2005 para recibir el beneficio de la mesada 14. Es decir, se incluye en el grupo de personas que aún no se han pensionado, pero que ya habían causado su derecho a la pensión antes de la entrada en vigor de dicha normativa, que fue el 25 de julio de 2005. Por lo tanto, los argumentos de defensa no tienen fundamento. La afirmación de la UGPP de que la pensión se originó el 11 de marzo de 2008 es errónea, ya que confunde la causación del derecho con el disfrute de la misma, dos conceptos jurídicos distintos con efectos diferentes.

Por lo tanto, no es correcto equiparar el inicio del disfrute de la pensión, que ocurrió cuando el demandante alcanzó la edad de 55 años el 11 de marzo de 2008, con la causación del derecho, que tuvo lugar el 27 de junio de 1999, cuando cumplió con los requisitos establecidos en el párrafo 1° del texto convencional. Además, es importante señalar que, según lo establecido en el inciso 4° del Acto Legislativo No. 01 de 2005, el otorgamiento de la mesada 14 a aquellas personas que causaron su derecho antes de su entrada en vigencia, no está sujeto a que la mesada pensional sea igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales, como lo argumenta la UGPP.

En esa medida, es claro que no se equivocó el A quo al ordenar el restablecimiento de la mesada 14 a partir de junio de 2009, fecha en la que fue suspendida por parte de la UGPP, según lo certificado por el Fopep. En virtud de lo expuesto, y sin más consideraciones que agregar, se confirma en este punto la decisión.

4. Prescripción. Frente a ello, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción: el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Ambos establecen que las acciones derivadas de las leyes sociales prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. Además, señalan que la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual de tiempo.

En el caso de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia para interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013 reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Siguiendo estos lineamientos, aplicables al caso concreto, se concluye que el término de prescripción para reclamar la mesada 14 tuvo lugar en junio de 2009. Esta interrupción opera respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, conforme a lo establecido en la sentencia citada.

Ante este panorama, considerando que la mesada 14 fue suspendida en junio de 2009, el plazo de prescripción comenzó a contar a partir de esa fecha por un período de tres años, respecto de las mesadas que se iban acumulando mes a mes. En el caso específico, el demandante presentó una reclamación ante la UGPP el 14 de febrero de 2023, y la demanda fue interpuesta el 24 de marzo de 2023. Según las disposiciones mencionadas, las mesadas causadas y no reclamadas hasta el mismo día y mes de la reclamación, pero del año 2020, están cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En esa medida, es evidente que el juez de primera instancia no cometió error al determinar que el fenómeno de la prescripción debe retrotraerse tres años a partir de la fecha en que se presentó la solicitud ante la UGPP el 14 de febrero de 2023. Por lo tanto, se ratifica la decisión del juez de primera instancia en este aspecto.

5. Indexación. Se mantendrá incólume la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a la UGPP a indexar las mesadas a favor de la demandante. Esta medida tiene como objetivo mitigar la pérdida del poder adquisitivo y se aplicará desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, tal y como lo concluyó el fallador de primera instancia.

6. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

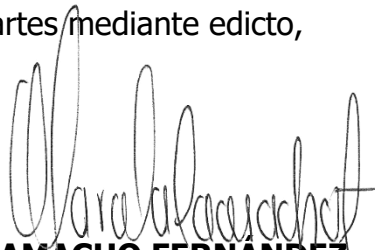
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la UGPP. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS MERCHÁN RICO
Demandada: CONSORCIO EXPRESS S.A.S.
Radicación: 110013105-016-2021-00522-01
Tema: INEFICACIA DESPIDO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Merchán Rico interpuso una demanda ordinaria contra Consorcio Express S.A.S., con el propósito de que se reconozca la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de septiembre de 2013 y el 03 de octubre de 2019, fecha en que fue terminado unilateralmente por el empleador, y se declare la invalidez de dicho despido. En su solicitud principal, busca el reintegro al cargo que ocupaba junto con el pago de salarios y bonificaciones estipuladas en el contrato de trabajo, así como el pago de prestaciones sociales no percibidas desde la terminación del contrato, hasta que este se produzca.

De manera subsidiaria, solicita que se condene a Consorcio Express a reembolsar los pagos realizados para mantener su seguridad social activa, así como el reconocimiento y pago de indemnizaciones establecidas en los artículos 64 y 65 del CST. También pide el pago de una bonificación mensual pendiente por gestiones realizadas y no percibida debido al despido unilateral, junto con la indexación de los montos objeto de condena, costas y agencias en derecho.

En su fundamentación fáctica, señala que el 16 de septiembre de 2013 suscribió un contrato laboral a término indefinido y fue despedido sin justa causa el 03 de octubre de 2019. Durante su empleo, se desempeñó como operador de un bus padrón zonal en turnos rotativos, transportando usuarios del sistema de acuerdo con las normas de tránsito y estándares de Transmilenio. Su salario promedio durante los últimos tres meses fue de \$1,652,000. El contrato incluía una bonificación mensual por resultados si cumplía con las indicaciones establecidas por Transmilenio.

Aduce que el 3 de marzo de 2014, se firmó un otrosí al contrato inicial que lo obligaba a trabajar todas las horas necesarias según la determinación del empleador. El 1 de septiembre de 2015, se agregó una cláusula adicional al contrato que lo designaba como operador de bus padrón zonal, a partir del 16 de junio de 2014. Alega que cumplió sus funciones de manera personal y subordinada sin recibir llamados de atención escritos. El 23 de agosto de 2019, cuando se le informó sobre la suspensión de su licencia de conducción, fue reubicado temporalmente en otras labores en la zona norte en los patios, debiendo recibir novedades y tomar apuntes en unas planillas, que posteriormente

transcribía a una bitácora. Sin embargo, según el RUNT que imprimió la sociedad, la licencia vencía el 8 de noviembre de 2019.

El 23 de septiembre de 2019, le inician una apertura formal del proceso disciplinario debido al presunto incumplimiento de obligaciones laborales. En este contexto, la empresa le informó que tenía conocimiento, a través de una validación realizada el 23 de agosto de 2019 en la página web del Registro Único de Tránsito, de que su licencia de conducción estaba suspendida, lo que le impedía ejercer sus funciones como Operador de Bus Padrón.

Tras recibir esta notificación por parte del empleador, se dirigió a la secretaría de movilidad para obtener información sobre la situación de su licencia. El 31 de agosto de 2019, presentó un recurso de reposición y, en subsidiario, de apelación con el número de radicado SDM 231115 contra la Resolución No. 8921 del 9 de noviembre de 2018. Sin embargo, el 16 de octubre de 2019, recibió una respuesta negativa a sus recursos, argumentando que habían sido presentados de manera extemporánea.

Se señala que la Resolución No. 8921 del 09 de noviembre de 2018, que suspendía su licencia de conducción por seis meses, no fue notificada correctamente por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad. Además, afirmó que las constancias de notificación de esta resolución, enviadas a través de la empresa 472, presentaban anomalías, ya que no coincidían con su firma. Debido a estas circunstancias, presentó una denuncia en la Fiscalía con el número de noticia criminal 110016102885202005381.

Por otro lado, manifestó que se afilió al sindicato de la empresa UGETRANS Colombia el 30 de agosto de 2019, pero fue desafiliado debido a la terminación unilateral de su contrato el 03 de octubre de 2019. En el momento del despido, ejercía como cabeza de familia y no se solicitó autorización por parte de la empresa al Inspector del Trabajo o al Ministerio del Trabajo para llevar a cabo esta desvinculación. Esto resulta relevante, ya que en ese momento su esposa estaba embarazada y él era el sostén económico de cinco personas, incluyendo un menor de edad, su esposa en estado de gravidez y sus padres. Además, para la fecha del despido, tenía períodos de vacaciones acumulados. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda y 04SubsanacionDemanda)

2. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó el 03 de octubre de 2019 por decisión unilateral de la empresa, con justa causa imputable al demandante. Esta terminación se fundamentó en el numeral 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1956, disposición que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y al numeral 1° del artículo 58 del mismo estatuto. Se adujo que dicha terminación fue debido al incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandante, derivado de la suspensión de su licencia de conducción. Esta situación no solo imposibilitaba el desempeño de la actividad para la cual fue contratado, como operador de bus padrón zonal, sino que también contravenía claramente las disposiciones contractuales, legales y reglamentarias, tal como se indicó en la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa. En consecuencia, se argumentó que no existe sustento legal o fáctico alguno que respalde la solicitud de reintegro o el pago de las indemnizaciones reclamadas.

En su defensa formuló las excepciones de fondo denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por parte de los contratantes, falta de título y causa en el demandante para reclamar su reintegro y, de manera subsidiaria, la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y su condición

de padre, inexistencia de la estabilidad laboral reforzada alegada por el actor, improcedencia del reintegro, buena fe de la representada, pago, prescripción, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsortioExpresa, pág. 2 a 57)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de septiembre de 2023, en la que el fallador absolvió a Consorcio Express S.A.S. de todas las pretensiones que fueron incoadas en su contra por Carlos Merchán Rico, declaró probadas la excepción de inexistencia de la obligación y gravó en costas.

Como sustento de su decisión indicó que, no se encontraba en discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, que estuvo vigente desde el 16 de septiembre de 2013 hasta el 3 de octubre de 2019. Durante este período, el demandante desempeñó el cargo de operario de bus padrón zonal, operando un vehículo tipo bus de servicio público para Consorcio Express SAS, como concesionario de Transmilenio. Este hecho lo corroboró con el correspondiente contrato, los otros sí y la cláusula modificatoria adicional.

Por otro lado, sostuvo que corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador las justas causas alegadas. En este sentido, se argumentó que el hecho del despido quedó demostrado con la carta de terminación del contrato, donde se enunciaron las razones de la decisión. Entre estas se incluyó el incumplimiento por parte del trabajador de diversas disposiciones del reglamento interno de trabajo y del Código Sustantivo del Trabajo, relacionadas con la suspensión de su licencia de conducción.

Se detalló que el trabajador fue citado a una diligencia de descargo el 23 de septiembre de 2019, donde se le presentó como prueba el certificado expedido por el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), que evidenciaba la suspensión de su licencia de tránsito desde el 8 de mayo de 2019 hasta el 8 de noviembre de 2019. A pesar de esta suspensión, el demandante continuó prestando servicios como conductor desde abril hasta agosto de 2019.

Se destacó que, aunque el demandante alegó haber presentado un derecho de petición ante la Secretaría de Movilidad, este no fue respondido de fondo. Sin embargo, los fallos judiciales relacionados con una acción de tutela confirmaron la legalidad de la suspensión de la licencia a través de la Resolución 8921 de 2018, debido a dos infracciones de tránsito cometidas por el actor en menos de 6 meses.

Se argumentó que las pruebas documentales demostraron la notificación adecuada al demandante sobre la suspensión de su licencia de conducción, lo que constituía una violación grave de las obligaciones contractuales y reglamentarias del trabajador. Se subrayó que el actor operó un vehículo de servicio público con una licencia suspendida, incumpliendo las normas de tránsito y las responsabilidades asociadas a su cargo.

Según lo expuesto y los interrogatorios de parte, evidenció una justa causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador. Por consiguiente, consideró que no procedía el pago de la indemnización derivada de este hecho, dado que se demostró una violación grave de las obligaciones por parte del trabajador.

Arribó a la anterior conclusión, dado que el reglamento interno de trabajo, en su artículo 38 literal k), establece los deberes de los trabajadores, incluyendo el cumplimiento de dicho reglamento y los manuales de procedimiento de la empresa. Además, el artículo 48 del mismo reglamento considera como faltas graves la violación de las obligaciones contractuales o reglamentarias por parte del trabajador.

Adujo que, aunque este hecho particular no fue calificado como grave en el contrato de trabajo ni en el reglamento interno, era necesario calificar la gravedad de estas violaciones. Puntualizó que el trabajador realizó personalmente la labor de conducir un bus con la licencia suspendida, lo cual constituye un quebrantamiento de las obligaciones establecidas en el reglamento interno, el contrato de trabajo y el manual de funciones correspondiente.

Recalcó que el manual de funciones del cargo de operador de bus padrón zonal establece la misión de transportar a los usuarios del sistema conforme a estándares de calidad y normas de seguridad de tránsito (Código Nacional de Tránsito - Ley 769 de 2002). Por lo tanto, era indispensable contar con una licencia de conducción vigente y sin suspensiones para desempeñar estas funciones.

En este contexto, adujo que la afirmación del actor de desconocer la suspensión de su licencia de tránsito no puede ser aceptada, ya que este hecho no está corroborado y, además, no constituye una justificación suficiente para eximirlo de responsabilidad por las violaciones graves de sus obligaciones. El trabajador era responsable de verificar que su licencia estuviera en regla para poder desempeñar adecuadamente las labores para las cuales fue contratado. En cambio, se demostró que operó un bus de servicio público durante varios meses con una licencia suspendida, lo que evidencia un incumplimiento de sus deberes laborales.

En cuanto a la legalidad de la suspensión de la licencia, se enfatizó que este asunto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y por ende no era necesario someterse a una posible decisión al respecto, dado que las pruebas presentadas evidenciaban una violación grave de las obligaciones del trabajador.

Además, se hizo hincapié en que el tribunal no consideró procedente la solicitud de reintegro basada en la vulneración de la Ley 361 de 1997. Esto se debió a la falta de evidencia que demostrara las afectaciones de salud del trabajador, las cuales hubieran impactado significativa y sustancialmente su capacidad para llevar a cabo sus labores en la fecha de su despido. Asimismo, se argumentó que el estado de gravidez de la compañera permanente del actor no guardaba relación con dicha ley. Además, se señaló que la ecografía presentada tenía fecha posterior a la del despido, y no se tenía constancia de que este hecho hubiera sido comunicado previamente al empleador, ni que hubiera sido motivo para la finalización del vínculo laboral, dado que se había demostrado la existencia de una justa causa (Expediente electrónico, archivos 16 y 17).

4. Alegatos de conclusión. La demandada presentó alegatos de conclusión y para el efecto señala que, la cancelación de un documento necesario para la prestación del servicio como lo es la tarjeta de conducción es una falta grave para la terminación del contrato de trabajo, por lo que solicita que se confirme la sentencia consultada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se equivocó el juzgador de instancia al considerar que existió una justa causa para terminar el contrato de trabajo? En caso positivo, (ii) ¿hay lugar acceder a las suplicas de la demanda?

3. Relación laboral, cargo y extremos temporales. Es importante destacar estos hechos no fueron objeto de controversia, ya que fueron plenamente reconocidos por Consorcio Express S.A.S. Por tanto, queda claro que entre el demandante y Consorcio Express S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de operario de bus padrón zonal, con fecha de inicio el 16 de septiembre de 2013 y finalización el 3 de octubre de 2019. En todo caso, estas circunstancias fácticas están debidamente acreditadas con la documentación presentada en el proceso, que incluye el contrato de trabajo, otro sí, cláusula adicional, suspensión del contrato de trabajo, apertura formal proceso disciplinario, descargos, carta de terminación del contrato y certificación laboral y liquidación final de prestaciones (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsorcioExpress, pág. 81 a 87, 95 a 100, 105 a 108, 459 a 467, 477 a 479, 481 y 483).

En cuanto al salario, ninguna consideración se hizo al respecto en la sentencia primigenia, sin embargo, con la liquidación final del contrato de trabajo se acredita que el último salario básico devengado lo fue de \$1.021.115. (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsorcioExpress, pág. 483)

4. Despido sin justa causa. Es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, corresponde al trabajador demostrar el despido. Por otro lado, al empleador le corresponde la carga de probar que la decisión de terminación se ajustó completamente a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto, y debe demostrar la ocurrencia de los hechos alegados como fundamentos de dicha determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Asimismo, es importante resaltar que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que da por terminado el contrato de trabajo debe comunicar a la otra parte, en el momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de dicha terminación. Esta comunicación no puede variarse posteriormente, y no es suficiente invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral. Es necesario especificar los hechos concretos que respaldan la determinación, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional, el propósito de esta norma es permitir que la otra parte conozca las razones detrás de la finalización unilateral de la relación laboral (C-594-97).

De acuerdo con lo mencionado, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la parte demandada (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsorcioExpress, páginas 477 a 479), en la cual se expone claramente que la terminación se realizó de manera unilateral y con justa causa, en cumplimiento de lo estipulado en el *"literal k del artículo 38, numerales 1, 10, 15, 17 y 47 del artículo 43 del reglamento interno de trabajo y literal d del artículo 48, del mismo reglamento, así como el numeral sexto del literal a) del artículo 62 y el numeral primero del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo"*. Esta decisión encuentra fundamento en el hecho de que, desde el 8 de mayo de 2019 hasta el 3 de octubre del mismo año, el trabajador portaba su licencia de conducción suspendida, lo que lo inhabilitaba para ejercer las funciones propias del cargo de operador de bus padrón zonal.

Es relevante destacar, en relación con la causal mencionada en el numeral 6° del artículo 62 del CST, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la necesidad de distinguir entre las dos situaciones contempladas en dicho precepto normativo. Por un lado, se encuentra la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador según lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del CST, la cual constituye por sí misma una falta. Por otro lado, se encuentran las faltas graves calificadas como tales en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos. Es importante subrayar que, ante el primer

supuesto, quien aplica la norma debe calificar la gravedad de la falta, siendo esta susceptible de verificación por parte del juez. Y en el segundo supuesto, dicha calificación debe estar claramente establecida en los actos que determinan la falta, por lo que al juez unipersonal o colegiado le está vedado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no se esa falta, como lo estableció la alta corporación en varios pronunciamientos utilizados para resolver casos similares como, por ejemplo, las sentencias SL 2457-2018 y SL2089-2020.

No obstante, esta línea de pensamiento fue recogida por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-2857-2023, donde se modificó el precedente, permitiendo al juez formar su propio convencimiento sobre la gravedad de la conducta o los hechos que rodean la terminación del contrato de trabajo en situaciones en que el empleador establece normas que no clarifican claramente las conductas en las que podría incurrir el trabajador, volviéndose genéricas, oscuras o abstractas. En tales casos, el operador judicial debe evaluar la gravedad de la conducta de acuerdo con las obligaciones y prohibiciones especiales establecidas en los artículos 58 y 60 del CST, sin dejar de ejercer su facultad de formar su propio juicio respaldado en los elementos de prueba que le permitan discernir la verdad, considerando también las circunstancias relevantes del caso y el comportamiento de las partes durante el proceso.

La alta corporación sostiene esto porque aceptar como falta grave aquella prevista como tal en el reglamento, sin considerar ninguna otra circunstancia, equivaldría a aceptar una responsabilidad objetiva prohibida en nuestro ordenamiento jurídico en estos casos, donde se priva al trabajador de su fuente de ingresos con la drástica medida del despido. Por tanto, el operador judicial debe evaluar no solo si el trabajador incurrió en la falta, sino también examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, para determinar si existen razones que justifiquen su comportamiento o que disminuyan la gravedad de la falta, atendiendo a las particularidades de cada caso y la afectación que la conducta haya tenido.

De esta manera, la máxima autoridad de justicia ordinaria recoge cualquier criterio contrario que pretenda privar al juez laboral de su función de juzgar la gravedad de la falta, cuando esta haya sido establecida previamente por las partes en el contrato de trabajo, la convención colectiva o el reglamento interno. De ahí que el juez deba realizar un juicio valorativo para determinar si la conducta constituye una justa causa de despido o descalificarla, considerando las circunstancias particulares de cada caso.

Una vez verificado que la citada a juicio cumplió con su obligación de comunicar al gestor de la Litis las causas y motivos de su decisión, basada en una falta grave a las obligaciones establecidas reglamentariamente, es necesario determinar la ocurrencia del hecho y si la conducta desplegada está calificada como grave por las partes en el reglamento interno de trabajo.

En este sentido, se encuentra demostrado que la licencia de conducción número 80874721, perteneciente al señor Carlos Merchán Rico, estuvo suspendida desde el 8 de mayo de 2019 hasta el 8 de noviembre de 2019, según consta en el reporte del Registro Único Nacional de Tránsito – RUNT (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsortioExpress, pág. 460). Esta medida fue adoptada por la Secretaría de Movilidad de Bogotá mediante la Resolución número 8921 del 9 de noviembre de 2018, y quedó ejecutoriada al no haberse ejercido oportunamente la actuación administrativa correspondiente, en la medida que los recursos de reposición y apelación fueron interpuestos por el actor de forma extemporánea, como lo evidencia la sentencia del Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Conocimiento del 24 de octubre de 2019, confirmada por el Juzgado 1º Civil del Circuito el 28 de febrero de 2020 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 79 a 86 y 98 a 101).

Asimismo, tanto en el acta de descargos presentada ante la empresa el 25 de septiembre de 2019 como en su interrogatorio de parte, el demandante afirmó haber tenido conocimiento de la suspensión de su licencia de conducción solo cuando la empresa se lo informó el 23 de agosto de 2019. Además, mencionó que la suspensión se debió a la imposición de dos comparendos en menos de 6 meses.

Además, fue escuchada la declaración del testigo Luis Antonio Torres, gerente de relaciones laborales de la enjuiciada, quien explicó que la terminación del contrato del señor Carlos Merchán Rico como operario de bus padrón zonal se debió a que este condujo vehículos de servicio público entre mayo y agosto de 2019 con su licencia suspendida, sin notificar este hecho al empleador. Concluye que esta acción ocasionó un perjuicio operativo ya que, al enterarse la empresa de esta sanción administrativa, el demandante tuvo que ser relevado de sus funciones como conductor, dejando al consorcio sin un operador para sus rutas comerciales y exponiéndolo a posibles multas por parte de Transmilenio y las autoridades de tránsito.

Al revisar detenidamente el reglamento interno de trabajo, se observa que en el literal d) del artículo 48 se establece como falta grave la "Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias". En consecuencia, al tratarse de una premisa que abarca conductas genéricas o abstractas, en aplicación de la novedad jurisprudencial introducida en la sentencia previamente mencionada, le es permitido a esta colegiatura evaluar la gravedad de la conducta imputada al trabajador. Esto es crucial para determinar si los postulados jurídicos adoptados por el juez de primera instancia fueron acertados.

Es relevante señalar que la conducta llevada a cabo por el demandante no está específicamente tipificada como falta grave en el manual de funciones FR-GH-34, correspondiente al cargo de *"operador de bus padrón zonal"* (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionConsorcioExpress, pág. 468 a 469), cargo desempeñado por el actor en el momento en que ocurrió el incidente que condujo a su despido. Este manual claramente enumera como responsabilidades del cargo la obligación de *"portar y mantener vigentes los documentos requeridos para el desempeño de sus funciones de acuerdo a lo estipulado en las normativas de tránsito y el manual del operador"*, *"portar la documentación necesaria para conducir y asegurar su vigencia"* e *"informar sobre cualquier cambio en su actividad que implique riesgos para su seguridad, salud y/o el medio ambiente"*. Estas responsabilidades, sin lugar a dudas, fueron pasadas por alto por el señor Merchán Rico, pues según lo afirmado por el propio demandante en su interrogatorio de parte y en el acta de descargos del 25 de septiembre de 2019, así como lo corroborado por el testimonio de Luis Antonio Torres, el actor operó un bus padrón zonal durante un período de 3 meses y 15 días con su licencia de conducir suspendida, según lo dispuesto por la Secretaría de Movilidad de Bogotá en la Resolución número 8921 del 9 de noviembre de 2018. Esta negligencia generó una afectación en las operaciones, ya que, ante la falta de atención y cuidado del conductor, fue necesario relevarlo de sus funciones y contratar a otro operador, además de representar un riesgo inminente de posibles multas por parte de Transmilenio o las autoridades de tránsito, como lo ilustró el testigo mencionado anteriormente.

No se puede perder de vista que, más allá del incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones especiales contempladas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, el promotor de la contienda con su conducta también infringió el Código Nacional de Tránsito, lo que podría haber resultado no solo en la imposición de una multa, sino también en la cancelación de su licencia de conducir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 26 y 131 ibídem.

Es evidente que la suspensión de la licencia de conducción número 80874721 dejó al señor Carlos Merchán Rico inhabilitado para desempeñar la labor para la cual fue contratado desde el 8 de mayo de 2019. A pesar de esto, continuó operando un vehículo de servicio público hasta el 23 de agosto de 2019, sin informar este hecho al empleador, tal como lo exigía el manual de funciones FR-GH-34. Y si bien, el demandante afirmó desde la presentación del libelo genitor que nunca fue notificado del acto administrativo que impuso dicha sanción, la evidencia demuestra lo contrario.

La Secretaría Distrital de Movilidad citó al demandante al Supercade de Movilidad para notificarle la Resolución número 8921 del 9 de noviembre de 2018, hecho que se constata mediante el oficio SDM-SC 240570/132607 del 9 de noviembre de 2018 (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 102), la cual fue recibida por el señor Carlos Merchán Rico en la dirección de notificación carrera 1 número 166 – 66, que corresponde a la registrada por el actor en el RUNT (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 78). Además, nótese que la entidad administrativa dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 67 del CPACA, notificó el contenido de la resolución mediante la cual se le suspende su licencia de conducción, mediante aviso número 437 del 25 de febrero de 2019, el cual fue recibido por el demandante el día 7 de abril de 2019 y de ello da cuenta la constancia de entrega expedida por la empresa postal 472.

A pesar de que el demandante cuestiona la firma en el aviso de notificación, no hay prueba que respalde su reclamo, y la documentación demuestra que estaba plenamente consciente de su inhabilitación para operar un vehículo automotor durante un período considerable, novedad que no fue puesta en conocimiento de la empresa.

Su acto de operar el bus padrón asignado por la sociedad Consorcio Express S.A.S. durante más de tres meses, a pesar de conocer la suspensión de su licencia de conducción, constituyó una falta grave. Esta conducta no solo podría haber llevado a la cancelación de su licencia de conducir según lo establecido en el artículo 26 del Código Nacional de Tránsito, sino que también violó las obligaciones y prohibiciones especiales contenidas en los manuales de operación, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, su despido por justa causa fue adecuado y legítimo.

En cuanto a la solicitud del actor de declarar la ineficacia de su despido, no se evidencian claramente las circunstancias fácticas que respalden esta petición. Aunque se solicitó el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en la demanda inicial, no se presentaron pruebas que respalden la existencia de afectaciones médicas que dificultaran sustancialmente su desempeño laboral en condiciones regulares. Además, en el escrito de subsanación de la demanda, se desistió de estas pretensiones, veamos:

"se desiste de la pretensión 1.5 y lo mismo de la pretensión subsidiaria 2.1, concluyendo que se renuncia a ellas, por tanto, no tener en cuenta para la demanda"

Lo que indica que el despido se debió exclusivamente a la falta grave cometida por el trabajador, como se explicó anteriormente.

En este mismo sentido, se descarta que el rompimiento del nexo contractual encuentre su génesis en el estado de gravidez de su compañera permanente, pues tal y como lo afirmó el cognoscente primigenio, la ecografía obstétrica presentada como prueba en este proceso tiene fecha del 9 de octubre de 2019 (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 134 a 139), es decir, posterior al finiquito laboral ocurrido el 3 de octubre de 2019. Aunado a que, este hecho nunca fue comunicado a su empleador, según las declaraciones del propio demandante durante el interrogatorio de parte.

En esta medida, resulta claro que el despido se tornó justo, en consecuencia, no hay lugar a declararlo ineficaz. Esto conlleva a la improcedencia de la solicitud de reintegro y, de manera subsidiaria, del pago de la indemnización por despido sin justa causa. En consecuencia, las consideraciones realizadas por el juez de primera instancia no merecen ser objeto de cuestionamiento, lo que motiva la confirmación de la sentencia consultada.

5. Costas en esta instancia. Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante.

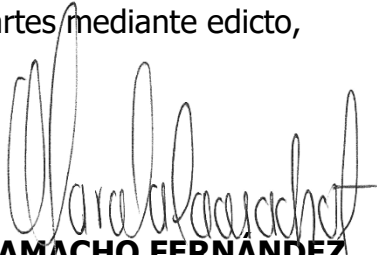
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

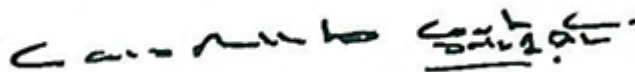
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLORIA ESPERANZA MÁRQUEZ CAMPOS
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 01-2019-00682-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gloria Esperanza Márquez Campos instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia, nulidad o dejar sin efecto jurídico el traslado realizado el 11 de octubre de 1996 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorros individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieran causado; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició su vida laboral el 28 de enero de 1985, cotizando al régimen de prima media con prestación definida. Indicó que, en noviembre de 1996, los asesores del fondo de pensiones privados le informaron lo conveniente y rentable que era efectuar el traslado al RAIS, razón por la cual el 16 de octubre de 1996 se trasladó al fondo de pensiones. Refirió que, dada esa información brindada por la AFP, nunca la requirió para que le arrimara la simulación y/o proyección sobre las condiciones de su pensión, quien tampoco le informó en debida forma, clara y precisa sobre sus condiciones pensionales ni una proyección futura respecto a los aportes y condiciones en las cuales se pensionaría. (Expediente digital PDF. 01CuadernoPrincipal, Pág. 4-11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 02ConstanciaNotificacion.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, exponiendo que, el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Expuso que resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud sobre la decisión que tomó y no fue sino hasta después de más de 25 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años, para acceder a la

pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y genérica. (Expediente digital pdf. 04SubsanaciónColpensiones.pdf – pág. 7-28)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen pensional fue completamente válido, el cual estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho y no de derecho. Refirió que la accionante no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo tanto, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. A su favor propuso las excepciones de fondo que rotuló como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 07ConstestaciónPorvenirr.pdf – Pág. 2-30 y PDF 09SubsanaciónContestacionPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de diciembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y ordenó a Colpensiones autorizarlo en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales efectuados, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la promotora del proceso en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Por último, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión la A quo se adentró al estudio de los medios probatorios y de ellos evidenció que el fondo privado omitió en su momento el deber de información contenido en la Ley 100 de 1993, con lo cual la actora no pudo escoger el régimen pensional que más le convenía. Trajo a colación la sentencia SL68852 de 2019, precisando que el fondo de pensiones tiene el deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales existentes y las consecuencias reales de abandonar el régimen que se encontraba vinculada. Reiteró que en el expediente no obra un solo medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información, dado que el formulario de afiliación solo acredita el consentimiento del trabajador, pero no que hubiese sido informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, núm. 1º del Decreto 663 de 1993, razón por la cual debía acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia del traslado.

(Expediente electrónico. 14GrabacionAudienciaArt77y80.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. En sustento del recurso de apelación indicó que cumplió con el deber de información al momento del traslado efectuado en el año 1996, conforme a la normativa que estaba vigente para ese momento, que exigía constancia de la asesoría brindada en el formulario de afiliación. Indicó que la actora en el interrogatorio de parte

señaló tener conocimiento de que los aportes se dirigían a una cuenta registrada a su nombre y que recibía los extractos pensionales, donde evidenciaba los descuentos que se realizaban, así como la rentabilidad de las cotizaciones, motivo por el cual era evidencia del conocimiento que tenía sobre el RAIS.

Arguyó que la intención de la promotora del proceso siempre fue la de permanecer afiliada a la AFP, puesto que estuvo por más de 25 años, por lo que le resulta extraño que únicamente solo hasta cuando estaba inmersa en la prohibición legal, se preocupe por su futuro pensional. Solicitó no condenar al fondo privado trasladar los rendimientos que se generaron, dado que, si se declara la ineficacia es porque se entiende que el acto nunca surgió, por lo que sería improcedente su condena, al igual, los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los descuentos realizados por los seguros provisionales, gastos de administración, debidamente indexado, en la medida que frente a esto último se estaría generando un doble pago por el mismo concepto. Por último, dijo que erró el A quo al condenar a la entidad en costas, toda vez que actuó de buena fe conforme lo establece la norma. (Expediente electrónico. 14GrabaciónAudienciaArt77y80.mp4)

5.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que la declaración de ineficacia del acto le genera afectación a su patrimonio, máxime cuando la demandante no es una persona incapaz para celebrar actos y contratos, por lo que es evidente su negligencia, en la medida que tampoco utilizó los mecanismos legales contenidos en el mismo formulario, para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual, como son el retracto y la rescisión.

Reiteró que el traslado atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, dado que el ahorro individual que realizó la parte actora no será suficiente para financiar su propia pensión. Solicitó que en caso de que se confirme la decisión de primer grado, se revoque la condena en costas, toda vez que no intervino en la decisión de la actora, en tanto es un tercero ajeno a las obligaciones, a lo que sumó que su oposición se ha efectuado con fundamento en las normas jurídicas vigentes.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas

están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) y ¿Deben ser condenas en costas las AFPs codemandas?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Gloria Esperanza Márquez Campos realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 26 de abril de 1985 hasta el 30 de octubre de 1996 (Expediente digital, PDF 04SubsanacionColpensiones.pdf – pág. 59-62), quien se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. el 11 de octubre de 1996, efectivo a partir del 1º de diciembre de la misma anualidad, vinculación que se mantiene en la actualidad. (Expediente digital, PDF 07ContestaciónPorvenir.pdf – pág. 31)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, el 11 de octubre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para

gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó aducir algunas de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de

la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, tal y con acierto lo señaló el A quo.

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexados (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de primera instancia, se constata que aborda de manera explícita los aspectos referidos anteriormente, incluyendo la indexación. Por tanto, se procede a confirmar la sentencia. No obstante, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

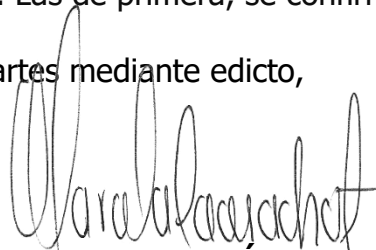
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2023, la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado
(Aclara Voto)

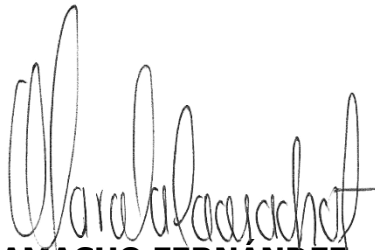


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-001-2019-00682-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **8ecab47b4cdce90927c8d1a132a77ded28235b6b60bc0be55c2e6c086356c91d**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:17 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA CRISTINA CARDOZO CORREDOR
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 05-2022-00391-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Cristina Cardozo Corredor instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado de pensiones a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, mientras que Colpensiones deberá recibir dichos rubros y reactivar la afiliación. Así mismo, pidió costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 10 de abril de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1995, data a partir de la cual empezó a cotizar en la AFP Porvenir S.A., por virtud de un asesor que le garantizó mejores beneficios en el RAIS. Indicó que el fondo de pensiones omitió dar cumplimiento al deber de información y buen consejo de manera completa, veraz y clara durante los 27 años de afiliación. (Expediente digital PDF. 02Demanda, Pág. 5-19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 12NotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado al régimen de ahorro individual fue de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente valido, sin que se encuentre inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia. Propuso como excepciones de mérito las que rotuló inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y genérica. (Expediente digital pdf. 07ContestacionColpensiones.pdf – pág. 2-31)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que no existió vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, por cuanto, explicó y cumplió a cabalidad con su deber de asesoría, situación que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (Expediente digital PDF. 09ContestacionPorvenir – Pág. 3-18)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de noviembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante efectuado a AFP Porvenir S.A. y, en consecuencia, le ordenó trasladar el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, ordenando a Colpensiones recibir dichos aportes para que actualice la historia laboral. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisión, el A quo señaló que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, no se acreditó una debida asesoría por parte de las AFP a la actora, sin que haya probado que suministró información relacionada con las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el momento del traslado al RAIS y si bien allegó formulario de afiliación con la correspondiente firma de la promotora del proceso, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos. (Expediente electrónico. 16AudenciasArts77y80.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación de manera parcial, solicitando que la AFP sea condenada a trasladar el pago de seguros previsionales y gastos de administración, de conformidad, con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, tales como SL1795 de 2017, SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, entre otras. (Expediente electrónico. 16AudenciasArts77y80.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de

información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Martha Cristina Cardozo Corredor realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde 10 de abril de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1988 (Expediente digital, PDF 02Demanda – pág. 23), quien se afilió a AFP Porvenir S.A. el 22 de noviembre de 1995, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 317725, administradora de pensiones en la que se encuentra actualmente, según historia laboral aportada por la misma. Debe acotar la Sala que, si bien se dijo en la demanda que la accionante realizaba cotizaciones al ISS al 30 de noviembre de 1995, lo cierto es que en el plenario aquello no encuentra demostración, pues no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ello ocurrió, y en esa medida, solo se tiene lo registrado en la historia laboral que emitió Colpensiones, esto es que efectuó cotizaciones hasta la citada calenda.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 30 de diciembre de 1988, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 22 de noviembre de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1º de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse*

al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, **o continuar vinculados a éste si ya lo están**”, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 10 de abril de 1986, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**.* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 10 de abril de 1986 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 22 de noviembre de 1995 a la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia**.*
(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, el 22 de noviembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)”.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la accionante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de

la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, bonos pensionales, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, junto con la indexación, por lo que, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem, prosperando así, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones.

Además, se adicionará la decisión de primer grado en el sentido de indicar que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de Colpensiones, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

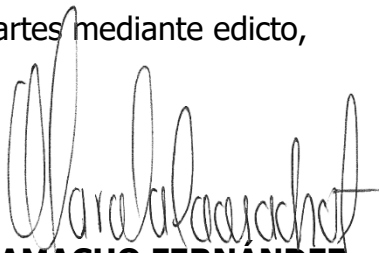
PRIMERO: ADICIONAR al numeral 2º de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de los conceptos ordenados el referido ordinal, las sumas descontadas por concepto de comisiones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **MARTHA CRISTINA CARDOZO CORREDOR**, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados. Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NUBIA ELENA GRANADOS MOLANO
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 08-2021-00008-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nubia Elena Granados Molano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., con el propósito de que declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1º de agosto de 1995 del ISS hoy Colpensiones a Colmena hoy Protección S.A., por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esa entidad. En tal virtud, se ordene a las codemandadas a realizar todas gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen efectuado el 1º de agosto de 1955, por lo que deberá trasladarse los recursos a Colpensiones que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, para que esta a su vez afilie sin solución de continuidad y corrija y actualice la historia laboral. Así mismo, pidió costas y agencias en derecho, y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al RPMPD el 4 de diciembre de 1978, cotizando un total de 468 semanas, hasta que el 1º de agosto de 1995, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a Colmena, hoy Protección S.A. Advirtió que esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, tampoco cuando se trasladó a la AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., siendo actualmente su AFP. (Expediente digital PDF. 02Demanda.pdf, Pág. 1-16)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 05AnexoTramiteNotificacion.pdf – pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, esgrimiendo que se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, esto es, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Señaló que la afirmación del vicio del consentimiento, falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado deberá probarse en el desarrollo del

proceso judicial. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, genérica, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Expediente digital pdf. 07AnexoContestaciónColpensiones008.pdf – pág. 1-7)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo el traslado al RAIS goza de completa validez pues informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, presunción de legalidad del acto jurídico de afiliación al RAIS e inexistencia del derecho y de la obligación. (Expediente digital PDF. 06ContestacionDemandaPorvenir.pdf – Pág. 3-23)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de esta, arguyendo que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que, en el formulario de vinculación suscrito por la actora, se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones. Propuso excepciones de mérito, tales como, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de Pensiones. (Expediente digital PDF. 26ContestaciónProtección008.Pdf)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de diciembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado pensional realizado por la demandante ante la AFP Protección S.A. acaecido el 1 de agosto de 1995, por lo que condenó a Colpensiones admitir el traslado de régimen pensional y a las AFP's demandadas devolver las cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. Por último, gravó en costas a las AFPs codemandadas.

Para arribar a tal decisión citó el literal "e" del artículo 13 de la ley de 1993, para precisar que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones se encuentran facultados para escoger el régimen pensional, dándoles igualmente la posibilidad de modificar esa selección después de transcurridos 3 años desde la selección inicial. Refirió que dicha disposición fue modificada por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, según la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o más o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, a excepción de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C 789 de 2002.

Discurrió en que la falta de suministro de información por parte de las AFP demandadas al momento de la afiliación, señalando que la información ha de ser necesaria y suficiente, para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen los usuarios, de tal suerte que puedan o tengan la posibilidad de escoger las mejores opciones en el mercado y puedan tomar decisiones informadas. Citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y con ello indicó que la obligación de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, recae en las AFP, aspecto que no lograron demostrar. (Expediente electrónico. 35VideoAudiencia20231211)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que cumplió con la carga de la prueba en tanto que aportó el formulario de vinculación, mismo que da muestra de la asesoría que le brindó a la accionante. Dijo que invitó a la demandante a una reasesoría, la cual hizo caso omiso a la misma, de modo que tuvo la posibilidad de retornar a Colpensiones, empero, prefirió permanecer afiliada al RAIS. Indicó que en el año 2014 la promotora del proceso realizó un traslado horizontal y ratificó su permanencia a través de las cotizaciones realizadas por su empleador.

Referente a los gastos que debe devolver de manera indexada, manifestó que durante el periodo de vinculación se generaron rentabilidad, lo cual se efectuó de conformidad con la ley, por tanto, no es posible retornarlos como quiera que contrató a una aseguradora de buena fe, para que administre dichos rubros. Refirió que la indexación no es procedente toda vez que se genera un doble pago a Colpensiones y por ende un enriquecimiento sin justa causa. Solicitó se analice la excepción de prescripción, toda vez que hay unos rubros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, los cuales superaron el término trienal, además, pidió que se revoque la condena en costas porque actuó de buena fe. (Expediente electrónico. 35VideoAudiencia20231211)

5.2. Colpensiones. Como fundamentos de su alzada manifestó que se están vulnerando derechos de la entidad, al ser un tercero de buena fe que no evidenció actos omisivos o carentes de la ley, como lo fue el deber de información por parte de los fondos privados, que no es atribuible a Colpensiones. Indicó que las condenas afectan la sostenibilidad de la entidad, produciendo un detrimento patrimonial al fondo común, toda vez, que la actora no ha generado ningún rendimiento a favor de la entidad. (Expediente electrónico. 35VideoAudiencia20231211)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para

reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? (v) y ¿debe la AFP Porvenir S.A. ser absuelta de las costas en segunda instancia?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Nubia Elena Granados Molano realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 24 de enero de 1986 al 8 de agosto de 1995 (Expediente digital, PDF 02Demanda.pdf – pág. 85-89), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. el 1º de agosto de 1995, con fecha de efectividad el 1º de septiembre de 1995 hasta el 31 de mayo de 1997, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP Protección S.A. el 1º de abril de 1997, con fecha de efectividad el 1º de junio de 1997 hasta el 30 de junio de 2014, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP Porvenir S.A. el 27 de mayo de 2014, con fecha de efectividad el 1º de julio de 2014 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos y formulario de afiliación.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A., esto es 1º de agosto de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las codemandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la accionante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"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".*

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la

convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., en el año 1995 y 1999 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1º de agosto de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. Colpensiones cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones*

legales consagradas”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen

de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFPs codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de primera instancia, se constata que aborda de manera explícita los aspectos referidos anteriormente, incluyendo la indexación. Por tanto, se procede a confirmar la sentencia. No obstante, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes

de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

13. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

14. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

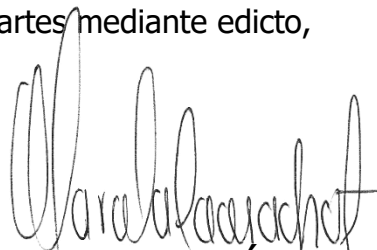
PRIMERO: ADICIONAR al numeral 3° de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-008-2021-00008-02.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **965de416f2c918298caf262c7dd7b1965e79359044e5c14ec35b518cae7c6e3e**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:06 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MÓNICA PINZÓN SÁNCHEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 11-2023-00197-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO –ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mónica Pinzón Sánchez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad e ineficacia de la afiliación y del traslado, efectuada en el mes de noviembre de 1994 ante la Colfondos S.A., en consecuencia, que se ordene a las AFP's codemandadas a retornar todos los rubros que hubiere recibido junto con los rendimientos que se hubieren causado al RPMD y a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a cotizar para el régimen de prima media el 28 de mayo de 1986 hasta el 30 de junio de 1995, dado que para el 1º de noviembre de 1994, los asesores de Colfondos S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, trasladándose a ese régimen. Indicó que el 1º de mayo de 2005 estuvo afiliada a la AFP Porvenir S.A., en tanto que los asesores de los fondos privados le manifestaron que el ISS se acabaría, que podía perder la pensión, que tendría mayores rendimientos, entre otras cosas, sin que haya cumplido con su deber de información, pues no le brindó las consecuencias que implicaba el traslado. (Expediente digital

PDF. 01Demanda, Pág. 10-23)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 10NotificacionANDJE20231006.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Señaló que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora. Dijo que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho

para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital PDF. 08ContestacionDemandaColpensiones20230623.pdf – pág. 2-42)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, no existe causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta la inexistencia de vicio del consentimiento o causal de ineficacia en la afiliación realizada, por lo tanto, el traslado gozó de plena validez jurídica, llevándose a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones. Mencionó que el correspondiente asesor suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto a los efectos jurídicos existentes, sin que sea posible trasladar los rubros que hay en la cuenta de ahorro individual de la actora, toda vez que, esos valores han sido utilizados para generar los rendimientos y prestar los servicios, por lo que, trasladarlos generaría un enriquecimiento sin causa. En su defensa formuló las excepciones de fondo que rotuló buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción. (Expediente digital PDF. 07ContestaciónDemanda20230622.pdf – Pág. 3-24)

3.3. Colfondos S.A. Presentó contestación de demanda con oposición a cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación realizada al RAIS por parte de la accionante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, por lo que, los asesores comerciales le brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, cumpliendo así con todos los presupuestos de ley. Presentó excepciones de fondo, tales como, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe. (Expediente digital PDF. 06ContestacionDemandaYLlamamientoenGarantia20230622.pdf – Pág. 3-22)

3.4. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que, existe un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que, el formulario se suscribió de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante, en esa misma línea, explico además que, no es posible trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante, toda vez que se encuentra inmersa dentro de la prohibición de los últimos diez años para el traslado de régimen. En esa misma línea presentó excepciones de mérito tales como, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua 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, entre otras.

(Expediente digital PDF. 09ContestacionDemandaProteccion20230626.pdf – Pág. 3-33)

3.5. Ministerio Publico. Presentó escrito de intervención, precisando que no basta con predicar la característica de libertad de elección del régimen pensional con la simple suscripción del formulario único de afiliación, sino, que es obligación de los fondos de

pensiones dar información a los trabajadores afiliados de forma clara y suficiente frente al traslado de régimen pensional, siendo que tal acto debe ser de manera voluntaria y sin ningún vicio en el consentimiento, máxime cuando la trabajadora, en este caso, es la parte débil de la relación contractual. (Expediente digital PDF. 18MemorialEscritoIntervencionProcuraduria20231110.pdf)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de diciembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la accionante y, en tal virtud, ordenó a la AFPs Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN y todos los emolumentos del artículo 20 de la ley 100 de 1993) y fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la actora, y gravó en costas a los fondos privados.

Para arribar a tal decisiva señaló que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondo de pensiones al momento de tramitar el traslado de régimen, pues de cara a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, el Decreto 663 de 1993 es aplicable para los fondos de pensiones, cuyo texto normativo señala el deber de información que se les debe brindar a las personas que tengan la intención de vincularse en el fondo de pensiones, para que se les permita escoger las mejores opciones del mercado. Indicó que los fondos de pensiones tienen la obligación de entregar la información suficiente y transparente, por ende, son quienes deben controvertir que efectivamente le brindó toda la asesoría al momento de realizar el traslado.

Así las cosas, evidenció que los fondos demandados faltaron a ese deber de información, toda vez que, dentro del expediente no obra prueba alguna sobre la información que le dio brindar al momento de la afiliación, máxime cuando la demandante no confesó el cumplimiento del deber de información, pues solo se limitó a decir sobre la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que generaba. Así las cosas, estimó que debía acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colfondos S.A.** interpuso recurso de apelación, aduciendo que dentro del plenario se aportaron pruebas suficientes tendientes a demostrar la información necesaria, dado que, estaba amparada por la normatividad aplicable al momento del traslado, por lo tanto, la decisión de la accionante fue informada y libre. Indicó que la totalidad de cotizaciones se trasladaron cuando se efectuaron las afiliaciones horizontales, mientras que los gastos de administración, aportes al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima, así como los rendimientos no deben ser regresados al RPMPD, ya que cubrieron la gestión debida de la AFP. Por último, solicitó que no sea gravada en costas. (Expediente electrónico.

23AudioAudiencia20231218.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colfondos S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? (v) y ¿Debe la AFP Colfondos S.A. ser absuelta de las costas en primera instancia?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Mónica Pinzón Sánchez realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 28 de mayo de 1986 hasta el 31 de octubre de 1994 (Expediente digital PDF. 08ContestacionDemandaColpensiones20230623.pdf – pág.120), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- Colfondos S.A. el 1º de octubre de 1994, efectivo a partir del 1º de noviembre de la misma anualidad, hasta el 31 de mayo de 1996, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- Colmena S.A. el 11 de abril de 1996, efectivo a partir del 1º de junio de la misma anualidad, hasta el 31 de marzo de 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP Protección S.A. el 1º de abril del 2000, efectivo a partir del mismo día, hasta 31 de mayo del 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos.

- Colfondos S.A. el 27 de abril de 2000, efectivo a partir del 01 de junio del 2000 hasta el 31 de mayo de 2005, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- Horizonte S.A. el 29 de abril de 2005, efectivo a partir del 1° de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2013, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- Cesión por fusión a la AFP Porvenir S.A. el 1° de enero de 2014, con efectos el mismo día, hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es, el 1º de octubre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., en los años 1994, 2005 y 2014 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1º de octubre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento

del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos; sin embargo, se **ORDENARÁ** que al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, además, se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya*

podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

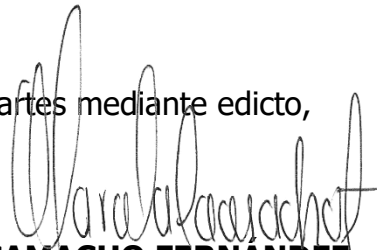
PRIMERO: ADICIONAR al numeral 2º de la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado
(Aclara Voto)

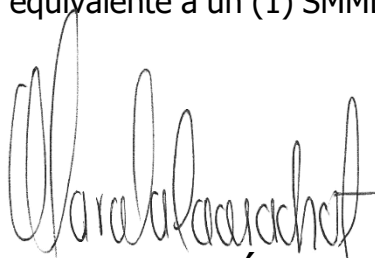


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-011-2023-00197-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **981348476e55290bc8985090a8ed5d2c0fd2744c3a31b3bf70452b36cb9b19a8**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:06 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA FRANCISCA CALDERÓN RESTREPO
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 18-2019-00791-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Francisca Calderón Restrepo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A., con el propósito de que declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación mediante el cual se afilió al RAIS y que por ende continúa afiliada a Colpensiones. En consecuencia, solicitó que la AFP Colfondos S.A. realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliada a Colpensiones desde septiembre de 1988 hasta el año 1996, dado que, se trasladó al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. el 9 de julio de 1996, ya que, el asesor la indujo a realizar el traslado de régimen, con la promesa de que en el fondo de ahorro individual su pensión sería superior a la que le corresponde en el régimen de prima media con prestación definida. Aseguró que no le suministró ninguna información previa a la afiliación sobre la manera de cómo se liquidará la pensión, ni los requisitos que debía cumplir en el fondo privado ni en el de prima media para obtener una pensión. (Expediente digital

PDF. 03Demanda.pdf, Pág. 1-18)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 61NotificacionAndje.pdf – pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, no se allegó al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP Protección S.A. o un vicio en el consentimiento al momento de asesorar al demandante, así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afecten su decisión libre y voluntaria, siendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso excepciones de mérito las que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa. (Expediente digital pdf. 13ContestacionDemanda.pdf – pág. 1-9)

3.2. Colfondos S.A. La llamada a juicio presentó contestación de demanda, sin oposición a las pretensiones, argumentando que, la afiliación es completamente válida y obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, por lo que si se considera viable ordenar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá a tal decisión y en consecuencia bajo este supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique a la sociedad, algún tipo de responsabilidad. A su favor propuso excepciones de fondo de buena fe, compensación y pago. (Expediente digital PDF. 31ContestacionColfondosCdFolio113.pdf – Pág. 2-12)

3.3. AFP Protección S.A. Al momento de recorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado por cuanto a que cumplió con su deber de asesorar y acompañar y en ningún momento la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a la entidad, suministrando una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, la demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada. En su defensa propuso excepciones de mérito, tales como, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras. (Expediente digital PDF. 26ContestacionProteccion008.Pdf - pág. 2-20)

4. Fallo de Primera Instancia. En virtud de lo dispuesto en los Acuerdos No. PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, se dispuso a remitir el expediente al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, quien terminó la instancia con sentencia del 24 de enero de 2024, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS, en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. para que, dentro de los 3 meses siguientes transfiera a Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados, asimismo, el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con carga a sus propios recursos. Por último, gravó en costas a los fondos privados.

Para arribar a tal decisión el a quo señaló que si se acredita que en efecto no se brindó una debida asesoría por parte de la AFP a la demandante, que le permitiera ejercer en la libre escogencia el régimen pensional, quedará sin efecto el traslado, así lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL0232 de 2021, a través de la cual se refirió que la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones resulta útil para comprender el funcionamiento del sistema, el cual se ha ido refinando con el paso del tiempo. Precisó que para la época del traslado se debió cumplir con el deber de información consagrado en la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1993, es decir, la AFP debió informarle sobre las características, condiciones, el acceso, los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, aspectos que en el presente caso no están demostrados, pues si bien obra el formulario de afiliación suscrito por la petente, ello no acredita que se haya cumplido con el deber de información. (Expediente electrónico. 58GrabacionAudiencia.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colfondos S.A. Sustentó el recurso de apelación argumentando que el traslado que efectuó la demandante fue con la AFP Protección S.A.; sin embargo, la vinculación que realizó posteriormente a Colfondos S.A. en el año 2000 y 2014, se encontraba dentro de la primera y segunda etapa del deber de brindar información, siendo que en el primer escenario solo era conveniente brindar información clara, necesaria y transparente de las características propias del régimen de ahorro individual, mientras que para el año 2014, venía proveniente de otra AFP, por lo que se encontraba en la prohibición legal y Colfondos S.A. no podría sustraer ni negar nuevamente el traslado horizontal. Por otro lado, estimó que la devolución de saldos debe hacer conforme a la Ley 100 de 1993, lo que no incluye otros conceptos como los ordenados por el A quo ni la indexación, puesto que, esto se compensa con los rendimientos financieros. (Expediente electrónico. 58GrabacionAudiencia.mp4)

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación frente a la declaratoria de ineficacia, arguyendo que, no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en la medida que fue un tercero ajeno, razón por la cual, la decisión debe tener efecto interpartes. Indicó que no se deba trasladar a la accionante al régimen de prima media, dado que se estaría afectando el equilibrio financiero y la reserva pensional, por lo que de mantenerse la reserva las AFPs deben pagar los perjuicios económicos en virtud de la teoría del daño en derecho civil. (Expediente electrónico. 58GrabacionAudiencia.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Colfondos S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado

exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que María Francisca Calderón Restrepo realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 7 de septiembre de 1988 al 31 de julio de 1996 (Expediente digital – 14ExpedienteAdministrativoCdFolio86.pdf, pág. 80), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Protección S.A. el 9 de julio de 1996, con fecha de efectividad el 1º de septiembre de 1996 hasta el 31 de marzo de 1998, según el formulario de afiliación núm. 0776145. (Expediente digital – 14ExpedienteAdministrativoCdFolio86.pdf, pág. 42)
- Colfondos S.A. el 26 de septiembre de 2006, con fecha de efectividad el 1º de noviembre de 2006 hasta el 31 de enero de 2009, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital – 31ContestacionColfondosCdFolio113.pdf, pág. 97)
- Colfondos S.A. el 29 de octubre de 2014, con fecha de efectividad el 12 de diciembre de 2014 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital – 31ContestacionColfondosCdFolio113.pdf, pág. 97)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996–, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Protección S.A., esto es 9 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento

podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***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***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A. y Colfondos S.A., en el año 1996 y 2006 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del

traslado de régimen pensional inicial del 9 de julio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca

se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera y para resolver el planteamiento que formula la recurrente, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFPs codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no incluye dentro de la condena a la AFP Protección S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Además, se agregará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en estos tópicos.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2024, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **MARÍA FRANCISCA CALDERÓN RESTREPO**, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada y apelada, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



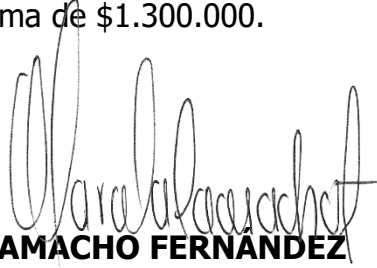
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-018-2019-00791-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **d476d4d71ed3d99e888373619efeb68fd20058d1ea30c0ca75cd59119668275f**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:08 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLAUDIA PATRICIA ARIZA CICERI
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 19-2020-00032-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Claudia Patricia Ariza Ciceri instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS y, por tanto, se encuentra debidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los rubros que reposan en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, inició su vida laboral el 19 de abril de 1994, cotizando al ISS hoy Colpensiones hasta el 31 de enero de 1999, dado que recibió visita en diciembre de 1998 de un asesor de la AFP Colmena S.A., quien le indicó los beneficios de trasladar sus aportes al RAIS, ya que podía tener una pensión mayor y con menos años que con ISS. Indicó que el asesor influyó en la firma o rúbrica que impuso en el formato de solicitud de vinculación, haciendo creer que estaba firmando de manera libre, espontánea y sin presiones. (Expediente digital PDF. 003DemandaAnexos, Pág. 1-24)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 001ExpedienteDigital.pdf – pág. 119); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de ésta, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, sin que evidencie dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante; al contrario observó de las documentales que las mismas se encuentran sujetas a derecho, dado que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito a las que llamó 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente digital pdf. 007ContestacionColpensiones.pdf – pág. 1-38)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que el traslado de régimen efectuado por la accionante fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en el RAIS, lo cual se aprecia en la solicitud de vinculación. A su favor propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (Expediente digital PDF. 012ContestacionPorvenir.pdf – Pág. 2-32)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de octubre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través del fondo administrado por la sociedad demandada AFP Porvenir S.A., así mismo, declaró válidamente vinculada a la accionante al RPMPD. En tal virtud, condenó a la citada AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, sumas debidamente indexadas. Ordenó que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán discriminarse y requirió a Colpensiones, para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

Para arribar a tal decisiva dijo que la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia son determinantes al señalar que las entidades encargadas del direccionamiento y funcionamiento del sistema pensional deben garantizar a los afiliados una información libre, voluntaria, suficiente y transparente que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado, lo que implica una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva, así como de las consecuencias jurídicas que tiene el traslado.

Sostuvo que la afirmación que hace en este caso la actora en el sentido de indicar que no recibió una información clara y completa corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones accionado. Así las cosas, como incumplió con el deber de acreditar que entregó información con tales características, debía declarar la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que la indexación no fue solicitada por la parte demandante, por lo que la A Quo no cumplió con los requisitos que dispone el artículo 50 del C.P.T. y S.S., para fallar ultra y extra petita, máxime cuando no evidencia una depreciación de la moneda, porque una de las obligaciones de los fondos privados es asegurar la rentabilidad de las cuentas de ahorro individual, por lo que siempre se mantuvo ese poder adquisitivo. Indicó que se presentaron unos rendimientos financieros que entraron a compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que no resulta compatible devolver esos rendimientos más las sumas indexadas, dado que implicaría una doble sanción. (Expediente electrónico. 22GrabacionAudienciaFallo.mp4)

5.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que la información que se debió suministrar para la época del traslado se demostraba con el formulario de

afiliación, tal y como lo señala los Decretos 663 de 1993 y 1642 de 1995. Solicitó valorar el interrogatorio de parte, además, hizo hincapié en que de mantener la condena se estaría generando una desfinanciación al sistema, toda vez que no existe certeza de los montos que deberá reconocer, además, los montos no alcanzan a cubrir la pensión a que tiene derecho la actora, por tanto, Colpensiones es la que debe asumir dichas sumas adicionales. A lo anterior sumó que no participó en el acto que se declara ineficaz, pues nunca tuvo incidencia en la decisión de la demandante. (Expediente electrónico.

22GrabacionAudienciaFallo.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; y (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra probado que Claudia Patricia Ariza Ciceri realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de abril de 1994 hasta el 31 de enero de 1999 (Expediente digital, PDF 007ContestacionColpensiones.pdf – pág. 40), quien con posterioridad se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 1998 y se mantiene hasta la fecha, según el formulario núm. 59193 e historia laboral. (Expediente digital PDF.

012ContestacionPorvenir.pdf – Pág. 77)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, el 30 de diciembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó aducir algunas de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que *"impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"*, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más

años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Acotando que la indexación de las sumas ordenadas se hace necesaria con el fin de compensar el efecto inflacionario que sufre el peso colombiano con el simple transcurrir del tiempo, de manera que, no es necesario solicitarla en la demanda. Su imposición resulta necesaria dado que no comporta una condena adicional a la solicitada, sino que se erige con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda (SL359-2021).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem, máxime cuando expresamente la A quo señaló que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, todo lo cual conforme lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (SL2877-2020).

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes

del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

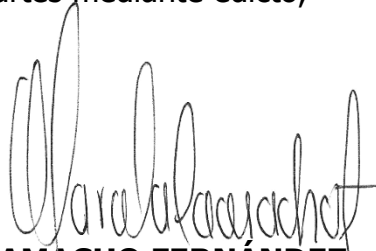
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 06 de octubre de 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y, en consecuencia, **DECLARAR** que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

SEGUNDO: En todo lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



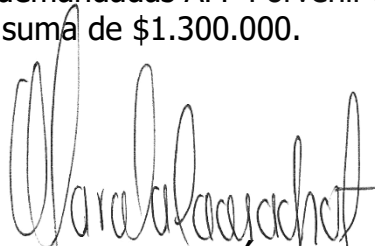
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-018-2020-00422-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **1c7f0720035952f5849779313d585bda3ddcbca7cebca27f4271b2b3ceb4696a**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:10 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HÉCTOR PATRICIO BARRERA SANTISTEBAN
Demandadas: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Vinculada: AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 20-2022-00327-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Héctor Patricio Barrera Santisteban instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS y en tal virtud declarar que ha estado válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos y, se actualice la historia laboral en pensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que fue trasladado al RAIS el 1º de noviembre de 2005, pues suscribió contrato de vinculación con Colfondos S.A., quien omitió la obligación del buen consejo, al no brindarle información clara y completa sobre los beneficios, contras y consecuencias de la decisión; por lo que el 15 de julio de 2022, solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, recibiendo respuesta de manera negativa. (Expediente digital PDF. 01DemandaAnexos, Pág. 1-3)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 05AutoAdmiteDemanda.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a cada una de las pretensiones de ésta, esgrimiendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, pues no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del accionante, al contrario, observó que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito las 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente digital pdf. 07ContestacionColpensiones.pdf – pág. 22-55)

3.2. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el traslado se efectuó en virtud de su derecho a libremente escoger el régimen y el fondo de pensiones que administre sus aportes, siendo que los asesores le brindaron asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, asesorando acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD. A su favor propuso excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y pago, restituciones mutuas, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones y buena fe. (Expediente digital PDF. 08ConstestacionColfondos.pdf – Pág. 3-19)

3.3. AFP Porvenir S.A. En auto del 25 de mayo de 2023, el A quo dispuso su vinculación como litis consorte necesario y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición a las pretensiones de la demanda esbozando que el traslado de régimen pensional fue completamente válido, así como los posteriores traslados horizontales, ya que estuvieron precedidos de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. En su defensa formuló las excepciones de mérito que rotuló prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 11ContestaciónPorvenir.pdf – Pág. 3-25)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de diciembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante a través de los fondos administrados por las sociedades demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., teniendo a Colpensiones como única aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a devolver todos los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados y bonos pensionales. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. que, en caso de existir aportes deberán ser trasladados a Colpensiones y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión el A quo señaló que el marco normativo aplicable al caso bajo estudio se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1.604 del Código Civil, así como el precedente establecido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada o transgresión del deber de información, razón por la cual le correspondía a la AFP demostrar que cumplió el inexcusable deber de brindar información, completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculado.

Luego de verificar los medios de prueba allegados, estimó que no fue posible determinar si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado y completo y si se presentaron o no maniobras y argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño al demandante, toda vez que ni siquiera se han señalado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que el fondo demandado siquiera allegó medio de prueba, circunstancias

que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones y por ende dispuso la ineficacia del traslado. (Expediente electrónico. 21ActaAudienFallo)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación señalando que el demandante no demostró ánimo de retorno temprano al RPMPD, siendo que su intención era permanecer en el RAIS desde 1994. Estimó que no debería existir condena alguna hacia la entidad, dado que el accionante está dentro de la prohibición legal por estar próximo a cumplir con los requisitos de la pensión de vejez, por lo que, su afiliación debe permanecer en el fondo privado. (Expediente electrónico. 21ActaAudienFallo)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Héctor Patricio Barrera Santisteban realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 14

de octubre 1986 hasta el 31 de octubre de 1994 (Expediente digital, PDF 07ContestacionColpensiones.pdf – pág. 94), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 31 de octubre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de noviembre de la misma anualidad, hasta el 31 de octubre de 2005, según el formulario núm. 165550. (Expediente digital PDF. 11ConstestacionPorvenir.pdf – Pág. 26)
- AFP Colfondos S.A. desde el 26 de septiembre de 2005, con fecha de efectividad el 1º de noviembre de la misma anualidad hasta la fecha, según el historial de Asofondos. (Expediente digital PDF. 08ContestacionColfondos.pdf – Pág. 21)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, el 31 de octubre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"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"*.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la

convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en el año 1994 y 2005 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de octubre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones*

legales consagradas”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el actor con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen

de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, bonos pensionales, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a AFP Porvenir S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados y se adicionará en el sentido de indicar que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional,

el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

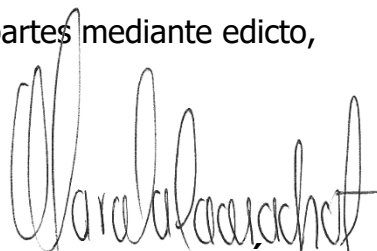
PRIMERO: ADICIONAR al numeral 3º de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de comisiones, bonos pensionales si hay lugar a ello, rendimientos, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **MARÍA EUGENIA ESCOBAR ARCE**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados. Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con la parte motiva de este fallo

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

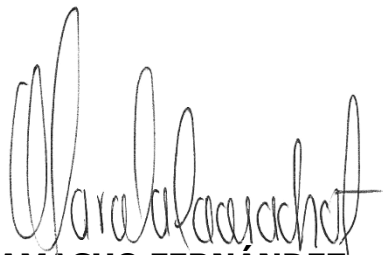
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-020-2022-00327-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **40bcccb3a2e9ba8e3fc3e1212e7f562b381d75bd28fb79242d2a2c22b99ac328**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:11 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FRANCO EDUARDO IBARRA MONTENEGRO
Demandadas: COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A.
Llamada en garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicación: 26-2020-00095-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Franco Eduardo Ibarra Montenegro instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Old Mutual S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se condene a los fondos privados a regresar los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, con todos los rendimientos causados y bono pensional. Así mismo, que Colpensiones acepte recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado al RAIS; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 1º de julio de 1984 y hasta diciembre de 1998, fecha en la que fue trasladado a Colfondos S.A. y con posterioridad a Old Mutual S.A., que lo fue en el mes de marzo de 2013. Indicó que ninguna de las AFPs demandadas le brindó el deber de información, asesoría y buen consejo, tampoco la doble asesoría, ni la proyección en cada régimen pensional. (Expediente digital PDF. 02Trasladodemanda.pdf, Pág. 1-37)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 12Notificacionagencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a que se efectúe el traslado de aportes a la entidad, ya que el demandante realizó su vinculación de conformidad con el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, es decir, en ejercicio del derecho a su libre escogencia de régimen pensional, prefiriendo el RAIS administrado en esta oportunidad por los fondos codemandados. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido y buena fe. (Expediente digital pdf.

11Escritocontestaciondemandacolpensiones.pdf – pág. 2-11)

3.2. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Adujo que lo asesoró acerca de las características de dicho régimen y el funcionamiento de este, así como las diferencias, ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el fondo de pensiones, por lo que no existió omisión de información, ni tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado. En su favor formuló las excepciones de fondo que rotuló como no existe prueba de causal de nulidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Expediente digital PDF. 18Expedientedigitalizado.Pdf – Pág. 200-219)

3.3 AFP Skandia S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que el actor suscribió el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria, por lo que al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme a lo que dispone la Ley 100 de 1993. Indicó que el traslado que realizó provino de una administradora de fondo de pensiones de carácter privado y no de una entidad del RPMPD, por lo que el demandante realizó un acto voluntario que obligó a las partes y amparado en la buena fe. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital PDF. 18Expedientedigitalizado.Pdf – Pág. 155-174)

4. Llamamiento en garantía. La demandada Skandia S.A. llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., considerando que es necesaria la vinculación al presente trámite judicial, toda vez que, en caso de que se condene a devolver los aportes de la demandada a Colpensiones, junto con los gastos de administración, corresponde a la aludida aseguradora el cumplimiento de esa obligación en lo que se refiere, particularmente, a la prima pagada por el seguro previsional. (Expediente digital PDF. 18Expedientedigitalizado.Pdf – Pág. 182)

5. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Admitida su vinculación en auto calendado 2 de marzo de 2023, formuló escrito de contestación de la demanda, en el que ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de esta. Frente al llamamiento garantía indicó que se opone a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con Old Mutual S.A., puesto que el único objeto de éste es asegurar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados al Fondo. Propuso como excepciones de mérito que denominó el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A., Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados y a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la

llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna. (Expediente electrónico. 20Escritocontestacióndemandamapfre.pdf – pág. 2-20)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de febrero de 2024, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante. En consecuencia, condenó a Skandia S.A. a transferir la totalidad de los aportes realizados por aquel junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colfondos S.A. los dineros descontados por concepto de gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el actor. Absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de las pretensiones incoadas en su contra dentro del llamamiento en garantía y gravó en costas a Colfondos S.A. y a la AFP Skandia S.A.

Para arribar a tal decisiva indicó que en virtud de lo previsto en los artículos 13, literal B y 271 de la Ley 100 de 1993 y según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre voluntaria, se debe poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez y los beneficios que obtendría, siendo deber de la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad, autonomía y consciente.

Recordó que el Alto Tribunal señala que el simple consentimiento y la firma del formulario de afiliación, es insuficiente para demostrar la asesoría brindada al momento de la suscripción, tampoco da cuenta de que efectivamente recibió una asesoría clara y suficiente sobre las características y diferencias entre uno y otro régimen pensional. Así las cosas, indicó que las pruebas recaudadas evidenciaban que cuando el actor se trasladó al régimen de ahorro individual se plasmó su consentimiento en el formulario afiliación, pero no precedido de una debida información respecto a las características propias de ese régimen. Dedujo que el demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna respecto a las características propias del régimen de ahorro individual; razón por la cual debía declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por aquella.

En cuanto al llamamiento en garantía, sostuvo que no accederá a las pretensiones ya que, de acuerdo con las pólizas obrantes en el proceso, estas hacen referencia a seguros previsionales, sin que en las cláusulas se señale el cubrimiento de los riesgos debatidos, como es la ineficacia del deber de información. (Expediente electrónico. 29Grabacionaudienciaart80)

7. Impugnación y límites del ad quem

7.1. Colfondos S.A. Inconforme con lo anterior, interpuso recurso de apelación arguyendo que el afiliado realizó su selección de régimen en virtud de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, sin ningún vicio del consentimiento. Respecto de los gastos de administración, señaló que aquella orden va en contravía de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 3195 de 2008, pues en la citada disposición no se señala que los mismos deban devolverse, máxime cuando no afecta al afiliado sino retornan. Refirió que la devolución de los seguros previsionales es improcedente, en la medida que nunca entraron a la cuenta del fondo privado. (Expediente electrónico. 29Grabacionaudienciaart80)

7.2. AFP Skandía S.A. Como argumentos de su alzada señaló frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, que estos rubros fueron causados a favor de la demandante y se destinaron conforme lo establece la ley, por lo que se estaría desconociendo el trabajo que realizó el fondo de pensiones, ya que lo que hizo fue acrecentar su cuenta de ahorro individual, mientras que las pólizas de aseguramiento proteger a la actora a través de un tercero. Preciso que si se retornan se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa, por lo que solicito que únicamente se debe trasladar los aportes, rendimientos y el porcentaje al fondo de garantía mínima. (Expediente electrónico. 29Grabacionaudienciaart80)

7.3 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, respecto de la carga de la prueba, no es posible exigirle la misma sobre pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que en el año de 1998 se les exigía a los fondos brindar una información, clara, concreta y veraz de manera verbal y con la suscripción del formulario se entiende el consentimiento informado, por lo que exigir otro documento adicional es una carga desproporcionada para las demandadas. Arguyó que no puede recibir al afiliado porque no se encuentra dentro del límite temporal para el traslado, ni es beneficiario del régimen de transición. Pidió que se revoquen las costas impuestas en primer grado, toda vez que actuó de buena fe y no tuvo que ver con el traslado efectuado. (Expediente electrónico. 29Grabacionaudienciaart80)

8. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Colfondos S.A., Skandia S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (iv) ¿Debe ser exonerada en costas a Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Franco Eduardo Ibarra Montenegro realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 3 de julio de 1984 hasta el 28 de noviembre de 1998 (Expediente digital, PDF 05HistoriaLaboralColpensiones.pdf – pág. 1-5), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colfondos S.A. desde diciembre de 1998 hasta febrero de 2013, según historia laboral consolidada de Old Mutual S.A. (Expediente digital, PDF. 02Trasladodemanda.pdf, pág. 47-56)
- AFP Skandia S.A. el 21 de enero de 2013, con fecha de efectividad el 1º de marzo de la misma anualidad, vinculación que se mantiene hasta la fecha, según contestación de demanda. (Expediente digital PDF. 18Expedientedigitalizado.Pdf – Pág. 155)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Colfondos S.A., esto es en diciembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás

aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Colfondos S.A. y AFP Skandia S.A., en los años 1998 y 2013 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial de diciembre de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con

Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Skandia S.A. y Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de

2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem; sin embargo, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a los numerales 2º y 3º de la sentencia proferida el 6 de febrero de 2024, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

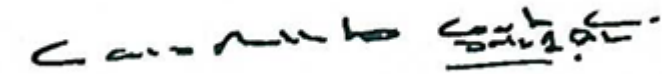
TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colfondos S.A., Skandia S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



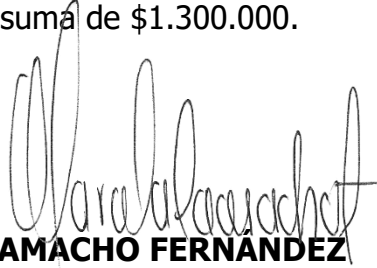
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colfondos S.A., AFP Skandia S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-026-2020-00095-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
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: **02df569f4ca92f75dc020a51d14c27bf2950d4adb3a7b1b51cc550ab0a4f59f3**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:14 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMEN LUCÍA RODRÍGUEZ DÍAZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-014-2022-00138-01
INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Lucía Rodríguez Díaz, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS en con dicho fondo; se declare la ineficacia del traslado horizontal con Horizonte Pensiones y Cesantías; se declare sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD; se condene a Porvenir S.A a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en sus cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros y enviarlos o depositarlos a su nombre en Colpensiones; se ordene a la entidad pública a que reciba estos valores; se conde a costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de diciembre de 1956, se afilió al régimen de prima media con el ISS en 1995 y cotizó hasta 1999; el 11 de agosto de 1999 se trasladó al RAIS, efectivo a partir de septiembre del mismo, sin que Porvenir S.A, realizara una debida asesoría, dado que no se le advirtió sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco fue informada sobre la posibilidad de retractarse del traslado; sin recibir información fue trasladada horizontalmente el 31 de agosto de 2000 a Horizonte Pensiones y Cesantías, administrada hoy por Porvenir; de acuerdo con la simulación pensional del el 1º de abril de 2022, se proyecta una mesada pensional a los 66 años por valor de \$1.486.400, de haber permanecido en el RPMPM habría percibido una pensión superior; agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones y Porvenir sin obtener respuesta favorable. (Expediente electrónico, PDF04demanda, Pág. 1 a 14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF16ConstanciadeNotificacionPersonalAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda, argumentando que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que, al momento de efectuarse la afiliación, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del RAIS. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado del régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo debido, falta de causa para pedir presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

(Expediente electrónico, PDF14ContestacionDeDemandaColpensiones. Pág 1-33)

3.2. Porvenir S.A.: En su contestación se opuso a cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta para ello que, no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a esta AFP, no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

(Expediente electrónico, PDF15 ContestacionDeDemandaPorvenir, pág. 1-28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., y por tanto siempre estuvo afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a las demandadas.

El *a quo* fundamentó su decisión en la sólida línea jurisprudencial que ha decantado el máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias SL 2877 de 2020 Y SL 756 del 2022 entre otras, que las AFP están legalmente obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados, y en todo caso con antelación al acto de traslado, de manera libre, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensión, sentando como reglas jurisprudenciales que no es únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa al pensionarse, sino que se predica en todos los eventos. Aunado a ello entorno a los efectos de la declaratoria de ineficacia asentado la Corte Suprema de Justicia que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil se acude a las previstas en el artículo 1746 del código civil y queda a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato y en virtud de ellas cada una de las partes debe devolver a la otra, lo que recibió.

En el caso en concreto estudio si el acto de traslado de régimen pensional obedeció a una decisión suficientemente informada, por ello dedujo que la misma no estuvo precedida de

explicación sobre desventajas o beneficios del cambio de régimen, por el contrario, lo que se advertía con el interrogatorio de parte era que la demandante fue abordada por un asesor de Porvenir quien le invitó a trasladarse hacia el fondo privado con el argumento de la quiebra inminente del fondo público y el consecuente riesgo que representaba para sus aportes la extinción del ISS, además que los beneficios que desde el punto de vista económico le representaba como una posibilidad de acceder a una pensión superior al RPMPD, información que la llevó a suscribir el formulario de vinculación, sin que para ello, se le hubiera suministrado explicación pormenorizada sobre el funcionamiento de cada régimen.

Por otro lado, argumentó que el hecho que la accionante sea abogada no subsana el deber de información que tiene la AFP al momento del traslado, independientemente de las condiciones académicas de sus posibles afiliados, pues no supone un conocimiento en profundidad de toda la ciencia jurídica; por lo anterior, concluyó que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y por ende de un consentimiento informado, siendo este presupuesto necesario para que dicho acto se eficaz y surta plenos efectos jurídicos. Lo que conduce a acceder a las pretensiones del libelo, declarando la ineficacia del traslado de régimen. (Expediente digital, PDF

28ActadeArt80delCPTylaSS20231121H1021, Pág 1 -2)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones: Interpuso recurso de apelación argumentando que, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el engaño sufrido por la accionante, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser un asunto probatorio donde Colpensiones no cuenta con documentos, queda sujeto aquello que la AFP logre demostrar respecto a su correspondiente gestión; no obstante, si se llegan a revisar los formularios de afiliación firmados por la demandante suscritos bajo la gravedad de juramento en los mismos se encuentran la manifestación expresa que los realizó libre apremios y por su propia voluntad, por tanto, la afiliación de la demandante se hizo con el lleno de los requisitos legales, y en dicha oportunidad no manifestó su deseo de retractarse, razón por la cual no podrá ordenarse el regreso automático al RPMPD. Así mismo, dentro del expedientes no hubo prueba alguna que efectivamente a la demandante, se le hubiese hecho incurrir en error, falta al deber información por parte de las AFP o que está en presencia de algún vicio del consentimiento; no se evidencia dentro de los formularios de afiliación, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria.

Por otra parte, la demandante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por ende, debe asumir las consecuencias legales de decisiones tomadas bajo las normas, al momento del traslado, de modo que no es procedente alegar la ineficacia, solo por las expectativas fallidas de la accionante, eso significa que la vinculación a la administradora del RAIS, se ajustó la ley y goza de plena y total validez. Además, era a ella a la que le correspondía la carga de probar el engaño causado por la AFP, lo cual no se demostró, por ello las pretensiones no están llamadas a prosperar.

5.2 Porvenir S.A.: Interpone recurso de apelación argumentando que, para la fecha de afiliación, la AFP cumplido a cabalidad con las obligaciones que le eran exigibles conforme a la Ley 100 de 1993, y el decreto 692 del mismo año, sin que existiera para la fecha el deber de buen consejo o el deber de doble asesoría; adicionalmente, señala que teniendo en cuenta el cargo de la accionante, se está hablando de alguien que cuenta con conocimientos específicos por ser abogada, y la posibilidad de actualizarse respecto a la

jurisprudencia en el tema en específico, en ese sentido no puede alegarse un desconocimiento sobre el RAIS. En cuanto a la devolución de gastos de administración y su indexación, dado que es un rubro que se ejecutó en virtud a la Ley 100 de 1993 y es precisamente esta disposición la que faculta a los fondos a descontar dicho valor para garantizar la rentabilidad que promete el régimen; a su vez, la última afiliación es de Horizonte S.A para el año 2000, por lo tanto, para Porvenir corresponde a un proceso de fusión con este fondo, por ello, los gastos administrativos, la prima de seguro previsional y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima no obró ni como pasivo ni como activo al momento de la fusión. Respecto de la prima de seguro previsional es de establecerse que es un rubro que no se encuentra en poder de la AFP, pues este ya se encuentra en manos de la aseguradora. Sobre la indexación, resulta improcedente, como quiera que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentran las de garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual, por ello, la cuenta de la demandante no se ha visto afectada por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos. Finalmente, frente a las costas, en cuenta la AFP no puede admitir el traslado de una persona que se encuentre a 10 años de pensionarse, sobre todo cuando lo único que ha hecho la entidad es cumplir con la normatividad vigente.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Porvenir S.A se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 del CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema

de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Carmen Lucía Rodríguez Díaz se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de abril de 1996 con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1999 (Expediente electrónico, PD03 AnexosDeDemanda, Pág. 25 a 28); se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 11 de agosto de 1999, efectivo a partir del 1 de octubre de esta anualidad (Expediente electrónico, PDF15 ContestacionDeDemandaPorvenir, Pág. 121-122); posteriormente, se afilió a Horizonte hoy Porvenir S.A el 31 de agosto de 2000, (Expediente electrónico, PDF15 ContestacionDeDemandaPorvenir, Pág. 121-122). hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la gestora de la litis, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 11 de agosto de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019).

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la promotora de la contienda se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En este mismo sentido, a pesar de que se encuentra acreditado dentro del plenario que la gestora de la litis es abogada y funge como Juez de la República, lo cierto es que este simple hecho no demuestra el cumplimiento del deber de información que le asiste a los fondos privados, aunado a ello, debe hacerse notar que la especialidad de la afiliada no es la de la seguridad social, sino de la rama civil, por ello es claro que no tiene especiales conocimientos en temas pensionales.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine,

pues, aunque la parte actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Porvenir S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 11 de agosto de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe

indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección, Porvenir y Porvenir (durante el tiempo de permanencia de la parte actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma engloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem, sin embargo, se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y Porvenir S.A., a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

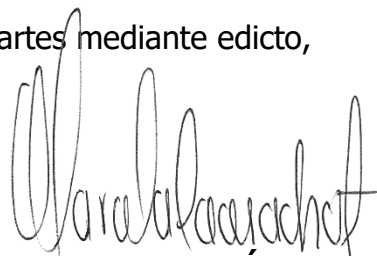
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de noviembre de 2023, la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



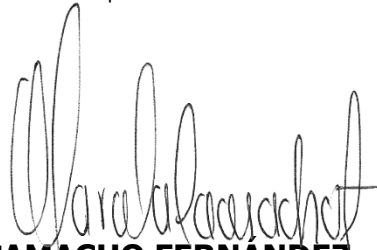
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-014-2022-00138-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **7df7063ae96b6dc2ac0f85c02131ba89d476b059bf7f65a13f3507fd0b08e1bb**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:07 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DORA LUZ OLAYA TRIANA
Demandados: COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Litisconsorte: COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Llamado en garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicación: 110013105-024-2020-00041-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dora Luz Olaya Triana instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS con Protección S.A; que se declare que Old Mutual debe ordenar su traslado junto con los saldos que se hayan consignado en la cuenta pensional y reembolsar los cobros y gastos de administración al RPMPD; que se declare que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la afiliada, recibiendo los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, esto como si nunca hubiera existido el traslado de régimen; en consecuencia, se condene a Protección S.A aceptar la nulidad de la vinculación al RAIS; que se condene a Old Mutual S.A a ordenar su retorno al RPMPD junto con los saldos de la cuenta, los cobros y gastos de administración, a su vez que Colpensiones los acepte, como si nunca se hubiese producido un traslado de régimen pensional; lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que después de estar vinculada al RPMPD, se vincula al RAIS con la AFP Protección S.A el día 6 de febrero de 1998, siendo asesorada indebidamente por sus funcionarios al momento de su vinculación, dado que le informaron que perdería los beneficios del RPMPD, tampoco sobre los riesgos del traslado, nunca le suministraron un información idónea, veraz, consistente y objetiva, ni una comparación del valor de la pensión en cada régimen, transgrediendo sus derechos pensionales; refiere que posteriormente se trasladó a Old Mutual S.A.; ha solicitado a las demandadas su retorno al RPMPD, pese a ello, estas peticiones fueron negadas. (Expediente electrónico, PDF 01Expedientedigitalizado, pág. 3 a 20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF01 expedientedigitalizado, pág. 491 - 492); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, señala que si bien Colpensiones desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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 (acto legislativo 01 de 2005); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (Expediente electrónico, PDF01 expeditedigitalizado, pág. 313 - 351)

3.2 Skandia S.A. La demandada se opuso a la mayoría de las pretensiones argumentando que la afiliación a la AFP fue perfectamente válida y tiene lugar únicamente por la decisión voluntaria y unilateral de la persona que desea afiliarse a dicho régimen y administradora. Además, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. Como excepciones de fondo propuso las que denominó, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de Configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la filiación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de la sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica. (Expediente Electrónico, PDF08ExpedienteadministrativoColpensiones, Pág. 159 - 182).

3.3. Protección S.A.: La llamada a juicio se opuso a las pretensiones, aduciendo que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, dado que del formulario de vinculación que suscribió la señora Dora Luz Olaya Triana, se observa que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Cómo excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF01 Expeditedigitalizado, pág. 109 -133)

4. Trámite procesal. En proveído de 02 de julio de 2020, se dispuso integrar como litisconsorte necesario a Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF01 expedientedigitalizado, pág. 105-106) Y en proveído del 15 de diciembre de 2021, se dispuso integrar como litisconsorte necesario a Colfondos S.A. (Expediente electrónico, PDF01 expedientedigitalizado, pág. 495) quienes presentaron escrito de contestación así:

4.1. Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del código civil, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea. Por otro lado, tampoco debe decretarse la ineficacia referida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. Como excepciones de fondo propuso las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente Electrónico, PDF08ExpedienteadministrativoColpensiones, Pág.61 - 91).

4.2. Colfondos S.A. Presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente esta pretensión resaltando que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RAIS; además, la acción se fundamente en el convencimiento errado de la demandante de creer que al momento de su afiliación fue inducida en error o hubo indebida asesoría para afiliarse a este fondo, siendo claro que la entidad cumplió con las formalidades de la afiliación, al tiempo que la misma fue el resultado de la voluntad libre y espontánea de la accionante. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorios administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF01 expedientedigitalizado, pág. 606 -626)

5. Llamamiento en garantía. En proveído del 01 de noviembre de 2022, se dispuso integrar como llamado en garantía a Mapfre Colombia vida y seguros S.A. (Expediente electrónico, PDF01 expedientedigitalizado, pág. 503 - 504) quien se opuso a las pretensiones argumentando que tal y como lo advierte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sobre dicha premisa, en el ámbito de la "autonomía de la voluntad", la demandante tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar, nadie más que ella podía estar enterada de sus expectativas e intereses, de manera que el acto jurídico del que se pide la declaración de nulidad e ineficacia fue lícito y, por lo tanto, jurídicamente eficaz. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como, las decisiones tomadas por la parte demandante, se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles; reconocimiento oficioso de excepciones.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 diciembre de 2023 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante el 6 de febrero de 1998 al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A; declaró que la accionante nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo vinculada el RPMPD; ordenó a Skandia S.A trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión, mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados; ordenó a Protección S.A, Porvenir S.A y Colfondos S.A devolver a Colpensiones lo que hayan deducido de los aportes a pensión como el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados; absolvió a la llamada en garantía Mapfre S.A y

declaró probadas las excepciones propuestas por esta y no probadas las demás; gravó en costas a Skandia S.A a favor de Mapfre S.A y sin condena a las demás AFP.

La A quo fundamentó su decisión en que, del interrogatorio de parte no es posible inferir que se le informó de manera clara, suficiente y oportuna sobre los aspectos positivos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, tampoco que haya explicado aspectos tan relevantes como el cálculo de la pensión y el derecho a retracto, lo que le permitió inferir de forma razonable que no se le brindó suficiente información; también tuvo en cuenta que, si bien se aportaron comunicados de prensa donde informa que la demandante pudo regresar al RPMPD, tales comunicaciones no satisfacen las exigencias necesarias para que se tenga informada al momento del traslado de régimen puesto que allí no se indican las características de cada uno de los regímenes pensionales. De igual forma, advierte que, respecto a la carga de la prueba en estos asuntos es a las administradoras de pensiones a quienes les incumbe demostrar que la afiliación estuvo precedida de suficiente información, presupuesto que no se encuentra acreditado en el presente juicio; a pesar de que la demandante realizó varios traslados horizontales estos no se pueden tomar como actos de relacionamiento que confirmen la intención de la demandante de permanecer al RAIS. Destaca que sí bien, el valor de la mesada pensional es lo que pudo dar origen a la ineficacia, lo cierto es que las demandadas no cumplieron con el deber de información.

También señaló que si bien, en este proceso se solicita la nulidad de la vinculación que hizo la demandante al RAIS, no puede perderse de vista que conforme lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia entre otras sentencias en la SL1421 y la SL1688 de 2019, lo procedente es declarar la ineficacia de la vinculación de la afiliada, por lo tanto, no hay lugar a que se analice si existen vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. De otro lado, precisó, en lo que respecta a una afectación a la sostenibilidad financiera al RPMPD que, como consecuencia natural de la ineficacia del traslado debe trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación, de esta manera no demostrándose una desfinanciación, lo anterior, sin perjuicio que Colpensiones solicite la reparación de daños que pueda llegar a sufrir.

Una vez resuelto el litigio, determinó la responsabilidad de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y para el efecto, consideró que, conforme lo indicado en la sentencia SL - 4360 del 2019 la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia la devolución de los aportes en pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, responsabilidad que recae únicamente en cabeza de los fondos privados; además que, la obligación derivada de esta sentencia no se encuentra prevista como riesgo asegurado, de allí que resulta improcedente condenar a la aseguradora.

7. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

7.1 Porvenir S.A. Presentó recurso de apelación parcial en contra del numeral 4, relacionadas con las condenas de manera indexada, argumentando que, a la demandante también le asistía el deber de estar informada sobre los servicios que deseaba contratar, también la de indagar sobre las características del régimen al querer trasladarse de régimen con Colmena hoy Protección S.A.; en cuanto a la indexación resalta que es improcedente, dado que esta consiste en la actualización monetaria, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que una de las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorros de cada uno de los afiliados, por tanto resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado un rendimiento, los cuales fueron debidamente trasladados desde el año 2015 a la AFP Old

Mutual hoy Skandia. En cuanto al fondo de garantía de pensión mínima, sostuvo que esta tiene una destinación específica que es financiar la pensión de vejez en los eventos señalados por la norma, por lo tanto, ordenar su devolución es recompensar a Colpensiones, cuando la gestión fue realizada por Porvenir.

7.2 Colfondos S.A. Presentó el recurso de apelación sustentándolo en el desacuerdo con la jurisprudencia trazada por la CSJ, en torno al artículo 1604 del Código Civil en lo relativo a la carga de la prueba, toda vez que, no le exige a la parte demandante que demuestre un vicio del consentimiento, pero en cambio sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente sobre la a AFP, y esto iría en contra al derecho de contradicción y debido proceso. Así mismo, el Decreto 2241 de 2010 establece que existen unos deberes mínimos que están en cabeza de los afiliados, dentro de los cuales se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Por otro lado, el Decreto 1161 de 1994 determina el derecho de retracto, derecho del cual no hizo uso la parte demandante. Aunado a esto el artículo 9 del Código Civil hace referencia que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, así como el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico. De igual manera, señala que las pretensiones planteadas por la parte demandante y el fallo son jurídicamente contradictorios en virtud a que la parte demandante indica que se declare que nunca estuvo vinculada al RAIS, pero al mismo tiempo solicita el pago de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, dado que una norma no se puede fragmentar por lo cual esto resulta contradictorio.

7.3 Skandia S.A. Interpuso recurso de apelación parcial en lo referido al numeral tercero sobre la condena de trasladar a Colpensiones los rendimientos y los gastos de administración debidamente indexados, argumentando que, son las normas las que establecen cuales son los emolumentos se debe trasladar, y en ellas no se encuentran los porcentajes de gastos de administración, dado que estos tienen una destinación específica, igualmente que estos montos no incidirán en el monto de la pensión de la demandante, además señala que, parte de estos gastos de administración fueron para pagar la sumas de seguros previsionales. Por esta razón, solicitó que se amplíen los efectos de la ineficacia a la aseguradora Mapfre S.A, con quien se contrató estos seguros, debiendo esta restituir las sumas recibidas por este concepto como llamamiento en garantía. Finalmente indicó que sí se confirma la sentencia solicita que se revoque la indexación a la que fue condenada, pues con los rendimientos se estaría compensando la depreciación de la moneda, además con esta condena se está sancionando dos veces por un mismo hecho.

7.4 Colpensiones: Apeló la decisión, argumentando para ello que, la demandante se trasladó al RAIS de manera libre consciente y voluntaria, como prueba de ello fue el formulario de afiliación, que no fue desconocido ni tampoco tachado de falso; de otro lado, manifiesta que se debe tener en cuenta los traslados horizontales que ratifican la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, en este mismo sentido, la demandante no puede retornar de manera automática a Colpensiones, alegando una presunta inconformidad respecto a la cuantía de su pensión, además de encontrarse prohibido su traslado al contar con menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión, pues en la actualidad cuenta con 63 años de edad. Destacó que con la decisión se afecta el principio de la sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta que no resultan ser suficiente para Colpensiones el traslado de los recursos de la afiliada teniendo en cuenta que las prestaciones que reconoce la entidad se financian no solo con estos recursos, sino que también se destina un porcentaje del presupuesto nacional para garantizar el pago de las prestaciones de los pensionados.

8. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? (vii) ¿Hay lugar a impartir condenas en contra de la llamada en garantía?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Dora Luz Olaya Triana, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 27 de abril de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de enero de 1998 (Expediente Electrónico, PDF08ExpedienteadministrativoColpensiones, Pág. 198 a 206). Posteriormente a las siguientes AFPs.

- El 06 de diciembre de 1997, se trasladó a la AFP Colmena S.A., efectivo a partir del 1 de febrero de 1998, (Expediente electrónico, PDF03Cdfolio367contestacionColfondosSA, pág. 25)
- El 26 de octubre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF03Cdfolio367contestacionColfondosSA, pág. 25)
- El 17 de septiembre de 2000 se trasladó a la AFP ING S.A. (Expediente electrónico, PDF03Cdfolio367contestacionColfondosSA, pág. 25)

- El 22 de octubre de 2001 se trasladó a Colfondos S.A. (Expediente electrónico, PDF03Cdfolio367contestacionColfondosSA, pág 25)
- El 15 de octubre de 2002 se trasladó a Porvenir S.A. (Expediente Electrónico, PDF08ExpedienteadministrativoColpensiones, Pág. 125).
- El 01 de marzo de 2015 se trasladó a Skandia S.A., hasta el 01 de mayo de 2021.(Expediente electronico, PDF08ExpedienteAdministrativo, pág.208-215)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Colmena S.A., esto es, el 06 de diciembre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Colmena S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 06 de diciembre de 1997, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya permanecido por más de 20 años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de

vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que ella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia, tal y con acierto lo señaló el A quo.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la gestora de la litis es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la convocante a juicio de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la parte actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma engloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, además teniendo en cuenta que en los gastos de administración está incluido las sumas de los seguros previsionales, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem. No obstante, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Llamamiento en garantía. Para resolver de fondo este punto objeto de apelación, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., cuyo texto es del siguiente tenor:

"LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación."

Igualmente, sobre la figura jurídica del llamamiento en garantía, resulta ilustrativo traer a colación la sentencia SL5636-2019, en la que trayendo apartes doctrinarios y lo dicho por la Sala de Casación Civil, dijo:

"El llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precisase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia". (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976).

De igual forma, lo razonado en la sentencia de esta Sala con radicación n°. 28246 del 15 de mayo de 2007, así:

La entidad llamada en garantía es parte circunstancial al proceso al que se le convoque; las relaciones jurídicas que cuentan para cuando se pretende declaración de existencia del derecho a una remuneración por un contrato de mandato, y la responsabilidad principal de su pago son las habidas entre el mandante y el mandatario".

Bajo los anteriores parámetros, lo primero que viene a propósito colegir es que la figura del llamamiento en garantía si resulta aplicable al proceso laboral; no obstante, en el sub examine no resulta procedente aceptar que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. pague los conceptos a los que fue condenado la llamante, ello en razón a que la relación entre Skandia S.A. y esta, es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, riesgos que de ninguna manera son objeto de discusión en el cauce de la presente demanda.

Ahora, esgrime Skandia S.A., que debe ordenarse devolver las sumas adicionales de la aseguradora o "primas" y que tal condena debe recaer sobre Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; empero, tal discurrimento es equívoco, pues en ningún apartado de la póliza suscrita entre el llamante y la llamada en garantía se asegura esa contingencia, es decir, no existe ni disposición legal ni contractual (contrato de seguro) que lleve a inferir que ante eventuales condenas que se impongan a la AFP Skandia S.A., quien deba sufragarlas es la aseguradora, pues se insiste, la relación jurídico – sustancial entre Mapfre S.A. y Skandia S.A. lo es una póliza que ampara los riesgos de invalidez y sobrevivencia, prestaciones que no son el objeto de discusión en el cartulario.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual deba sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha aseguradora tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia

que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de absolverse a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conforme lo anteriormente expuesto, como acertadamente lo concluyó la cognoscente.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A., Skandia S.A y Porvenir S.A, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

De igual forma, se deberá condenar en costas a Skandia S.A. y a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en vista que se desestimó el recurso de alzada, en relación con el llamamiento en garantía.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

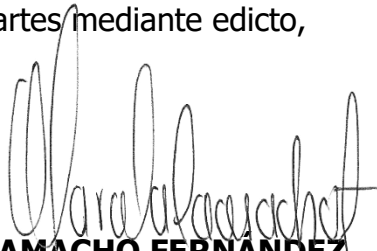
PRIMERO: ADICIONAR a los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de diciembre de 2023, la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A., Skandia S.A y Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia S.A., ante la improsperidad del llamamiento en garantía.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)

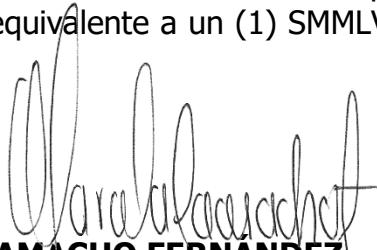


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A., Skandia S.A y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000 cada una.

De igual forma, se fijan como agencias en derecho en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia S.A el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-024-2020-00041-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **5b5f02d300795d18d578a9912b5745b035276334f1fe6e3aad8defe9c8ef967c**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:13 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ MARY ROJAS CLAVIJO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Litisconsorcio necesario: PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-024-2020-00255-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Mary Rojas Clavijo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el fin que se declare la ineficacia del traslado y vinculación a Porvenir S.A.; se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad a Colpensiones, por todo el tiempo de cotización al Sistema General de Pensiones; en consecuencia, se traslade a Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bono pensional, si hay lugar a ello, debido a que este fondo de pensiones es el último en el que se encuentra afiliado, para que a su vez, estos sean aceptados por Colpensiones

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 20 de julio de 1965, actualmente cuenta con 54 años de edad; comenzó a cotizar en el ISS partir del 5 de julio de 1989 hasta el 1 de agosto de 1996, acreditando un total de 256 semanas; en el año de 1996 fue abordada por el asesor de la AFP el cual omitió entregar información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio entre el RPMPD y el RAIS, frente a su caso particular, para que pudiera tomar una decisión con conocimiento informado, también se le creó la falsa ilusión que podría llegar a pensionarse sin cumplir la edad mínima y con una pensión superior al régimen de prima media; señala que su traslado no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de la voluntad informada. Presentó solicitud de traslado ante Colpensiones, pero esta fue negada; por último, aduce que el monto de la pensión en el RPMPD es mucho más benéfico para la demandante. (Expediente electrónico, PDF11 Reformademanda, pág. 2 a 8)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF13 NotificacionAnjde); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS, de manera libre y voluntaria circunstancia que valida su afiliación a dicho régimen. Además, si decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 20Contestaciónreformadelademanda, pág. 2 a 30).

3.2. Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que la actora pretende desconocer su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1996, posteriormente se mudó con la AFP Porvenir S.A., el 03 de marzo de 1999. Así mismo, indica que el traslado de la parte actora a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., no se efectuó con ningún vicio de consentimiento, en la medida que la AFP brindó información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual. Como excepciones de fondo propuso las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 21PorvenirSAcontestareformaalademanda, Pág. 2 a 11).

4. Trámite procesal. En proveído del 30 de noviembre de 2022, se dispuso integrar como litisconsorte necesario a Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 29Actaaudiencia30112022); quien presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que la afiliación fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; sostiene que el formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1999, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante. Cómo excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP Porvenir S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, 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 esté declarada la nulidad y/o ineficacia de la filiación 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 filiación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 30Contestacióndemanda pág. 3 a 31)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de diciembre de 2023 en la que la falladora declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de Protección S.A.; declaró que para todos los efectos legales, nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD; ordenó a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados; ordenó a Protección S.A devolver a Colpensiones, lo que haya deducido de los aportes a pensión efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración, debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas y no gravó en costas a las partes.

El a quo fundamentó su decisión en la amplia jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3035 de 2021 entre otras decisiones, explicó que la obligación de dar información necesaria, hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas del traslado. De lo anterior concluyó la importancia que tiene el deber legal de información que tienen las administradoras de pensiones. Descendiendo al caso la AFP Protección S.A no aportó medio de prueba que acredite el mencionado deber de información al momento de la afiliación de la trabajadora, el 26 de junio de 1996.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte y del testimonio del señor Hector Libardo Arjona no es posible inferir que se le informó de manera clara, suficiente y oportuna sobre los aspectos positivos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, lo que le permitió inferir de forma razonable que no se le brindó suficiente información, como también indicaron que fue el empleador que los afilió al RAIS, habiendo una ausencia por parte del asesor de la AFP. Si bien se aportaron comunicados de prensa, a través de los cuales se indica que la demandante tuvo oportunidad de retornar al RPMPD pero decidió continuar en el RAIS, tales comunicados no satisfacen las exigencias necesarias para que se tenga informada al momento del traslado de régimen; razones que la llevaron a declarar la ineficacia del traslado. Frente a la excepción de prescripción manifestó que no había lugar a declararla probada en la medida que los derechos de la seguridad social se consideran imprescriptibles.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1. Porvenir S.A. Presentó recurso de apelación parcial en contra del fallo de instancia, solicitando que se revocar la condena por concepto de indexación, en la medida que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondo de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, sumado a que ordenar dicha condena resulta incompatible con la devoluciones de las sumas ordenadas, toda vez que, la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vio afectada por el fenómeno de la inflación, sino que por el contrario siguió generando rendimientos y con el traslado de estos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, la entidad es tercero de buena fe y desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en la que la trabajadora se trasladó con Protección S.A. en 1996, lo cierto es que esa afiliación se produjo de manera libre consciente y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación que contenía la manifestación de haber recibido del asesor, la información necesaria sobre las

características del traslado. De otro lado, sostiene que la accionante no puede retornar de manera automática al RPMPD, dado que se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado, como quiera que se encuentra próxima a cumplir los 57 años, ello en aras de proteger la sostenibilidad financiera, pues no bastaría que el fondo de pensiones traslade todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual dado que Colpensiones tendrá que asumir una carga prestacional a favor de la demandante tomando para ello los recursos de los actuales afiliados y una destinación que proviene del presupuesto nacional, por lo tanto no sería justo que ella se beneficie de las características del RPMPD; de igual forma, la demandante tenía el deber de informarse por voluntad propia y también tuvo varias oportunidades de retornar si así lo hubiera querido, por lo tanto es evidente su conducta omisiva.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Luz Mary Rojas Clavijo, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 05 de julio de 1989, con

cotizaciones hasta el 30 de junio de 1996 (Expediente electrónico, 15Colpensionesespedientaadministrativo, GRP-SCH-HL-2016_10825957-2016091511); que el 26 de junio de 1996 se trasladó al RAIS a la AFP Colmena S.A. (Expediente electrónico, PD10ContestacionDemanda, Pág. 70 a 71); que el 01 de marzo de 1999 se trasladó a la AFP Horizonte S.A. (Expediente electrónico, PD10ContestacionDemanda, Pág. 70 a 71); que el 02 de enero de 2007 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PD10ContestacionDemanda, Pág. 70 a 71) hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la afiliada, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Colmena S.A., esto es, el 26 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Colmena S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 26 de junio de 1996, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya permanecido por más de 20 años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de

vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que ella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la convocante a juicio de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y Protección S.A. (durante el tiempo de permanencia de la parte actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se incluye dicha devolución dentro de la condena a Colfondos S.A., se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en estos tópicos.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de

administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

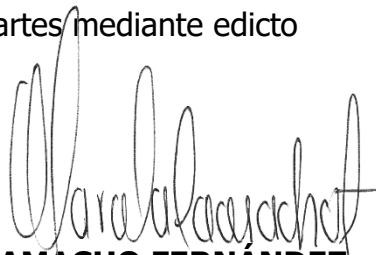
PRIMERO: ADICIONAR al numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de diciembre de 2023 y, en consecuencia, **ORDENAR** a **Protección S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **LUZ MERY ROJAS CLAVIJO**.

SEGUNDO: ADICIONAR a los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida, la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



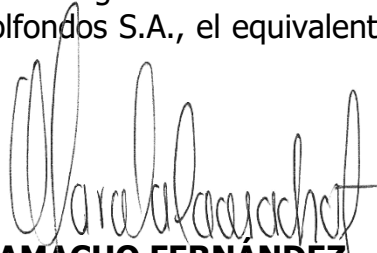
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-024-2020-00255-01.
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **230868adff0b6405b30723e198c6215a536e04a667969d1c71e4ca0067da46cb**

Documento generado en 02/04/2024 03:38:01 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SARA DANIELA GLORIA PATRICIA ORTIZ GARCÍA
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 30-2022-00244-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sara Daniela Gloria Patricia Ortiz García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la vinculación realizada al RAIS, por tanto, se encuentra legalmente afiliada a Colpensiones. En tal virtud, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual, debiendo Colpensiones actualizar la historia laboral, junto con el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2022; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició su vida laboral el 13 de diciembre de 1982, cotizando a pensión a través del ISS hoy Colpensiones hasta el 31 de julio de 1996, data en que fue trasladada al RAIS, pues los asesores del fondo de pensiones le informaron lo conveniente y rentable que era efectuar el traslado, sin que le hayan puesto en conocimiento las ventajas y desventajas de su vinculación, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, siendo engañada por el fondo de pensiones accionado. (Expediente digital PDF. 01DemandaAnexos, Pág. 3-24)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 05AutoAdmiteDemanda.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a cada una de sus pretensiones señalando que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación con la AFP codemandada, cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Propuso como excepciones de mérito las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho. (Expediente digital pdf. 07ContestacionColpensiones.pdf – pág. 3-32)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que no

existió vicio de consentimiento en la vinculación de la actora, puesto que se trasladó al RAIS una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido al mismo, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Refirió que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, de allí que resulte improcedente declarar la ineficacia, debido a que la misma opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y buena fe. (Expediente digital PDF. 07ConstestacionPorvenirr.pdf – Pág. 2-30)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante a través del fondo administrado por la sociedad demandada AFP Porvenir S.A., declarando válidamente vinculada a Colpensiones. En tal virtud, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a seguros previsionales y aquellos destinados al fondo de garantía de pensión mínima; los gastos de administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados. Por último, gravó en costas al fondo privado.

Para arribar a tal decisión, el A quo indicó que dicha figura de la ineficacia ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en diversa jurisprudencia, donde ha dicho que es la propia ley que ha consagrado ese deber de información para los afiliados pudieran adoptar una decisión libre. Precisó que la carga de la prueba obra a favor de la afiliada, por lo que los fondos deben acreditar que brindó toda la información necesaria a la accionante, sin que la sola suscripción del formulario de afiliación sea suficiente.

Bajo ese contexto, indicó que como en el presente asunto no lo hizo, el fondo de pensiones debe asumir las consecuencias jurídicas del caso, debiendo por tanto ordenar la devolución de todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y la devolución de los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, en virtud de lo dicho por la alta Corporación. (Expediente electrónico. 14ActaAudiencia.pdf)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que diversos Tribunales Superiores del país han señalado que los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual y que se van a devolver a Colpensiones, cubren de manera significativa el detrimento del poder adquisitivo de la moneda, por tanto, ordenar la indexación se estaría generando una doble condena.

(Expediente electrónico. 14ActaAudiencia.pdf)

5.2. Colpensiones. Sustentó su alzada argumentando que se omite dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dado que la entidad no tuvo injerencia en la decisión de la demandante, por lo que no está llamada a responder. Adujo que siguiendo la teoría del daño, el que causa es quien debe resarcir, de manera que no debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información, más aún cuando no existía una prohibición legal para realizar el cambio de régimen. Concluyó que es un tercero de buena fe y que aceptar dicho traslado, generaría descapitalización al sistema pensional y pone

en peligro la seguridad social de los demás afiliados, ya que la gestora de la litis nunca ha contribuido a dicho fondo común. (Expediente electrónico. 14ActaAudiencia.pdf)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) y ¿Deben ser condenas en costas a Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Sara Daniela Gloria Patricia Ortiz García realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 1º de diciembre 1982 hasta el 31 de julio de 1996 (Expediente digital, PDF 07ContestacionColpensiones.pdf – pág. 80), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. el 12 de julio de 1996 y se hizo efectivo el 1º de septiembre de la misma anualidad, según el formulario núm. 115732, vínculo que se mantiene en la actualidad. (Expediente digital PDF. 07ConstestacionPorvenirr.pdf – Pág. 77)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta

de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, el 12 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo

privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado**

a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de primera instancia, se constata que aborda de manera explícita los aspectos referidos anteriormente, incluyendo la indexación. Por tanto, se procede a confirmar la sentencia. No obstante, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral 3º de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2023, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., la siguiente disposición: Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



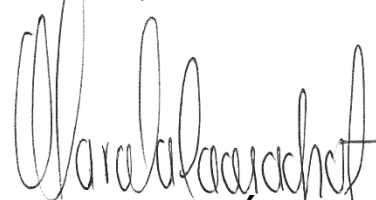
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-030-2022-00244-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **93b9f7072565bb96805683e27bb4ab2ba67c4a2f42617192a661638d0341edc8**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:15 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: REINALDO CLAVIJO NIÑO
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 33-2020-00444-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Reinaldo Clavijo Niño instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS, ante la omisión del fondo privado del deber información. En consecuencia, se ordene la devolución de todos los rubros que reposan en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos y, que en caso de que se le haya concedido la pensión al momento de dictar sentencia, siga pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a cotizar al ISS el 11 de enero de 1982; sin embargo, como consecuencia de la publicidad de los fondos privados se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 9 de junio de 1997. Refirió que el asesor solo se limitó a entregar el formulario de afiliación, sin brindarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, frente a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, ni información para tomar una decisión acertada sobre el régimen que más le conviene. (Expediente digital PDF. 01Demanda, Pág. 2-36)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 15NotificacionAgencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta al libelo demandatorio se opuso a cada una de sus pretensiones esgrimiendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. No evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante y, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito las 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente digital pdf. 06ContestacionColpensiones.pdf – pág. 3-43)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que la afiliación realizada en el año de 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico en los términos de la ley. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, y buena fe. (Expediente digital PDF. 13ConstestacionPorvenir.pdf – Pág. 2-32)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de octubre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante a través del fondo administrado por la sociedad demandada AFP Porvenir S.A., declarando que se encuentra afiliado de manera efectiva a Colpensiones. En consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual y las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Indicó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Conminó a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha; declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión se adentra al estudio de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 63 de 1993, artículo 12 del Decreto 2720 de 1994 y Decreto 692, y con ello precisó el deber que tienen las AFP de brindar la correspondiente información al futuro afiliado, por lo que consideró que no podría argüirse que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. Bajo ese norte, estimó que el fondo privado no logró demostrar que suministró información al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información requerida, lo cual estaba en cabeza de este, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen. (Expediente electrónico. 19AudienciaSentencia.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida esbozando que la indexación, aunque es una actualización de la moneda por condición inflacionaria de la economía; sin embargo, una de las obligaciones de los fondos de pensiones es garantizar la rentabilidad de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, lo cual resulta incompatible con la indexación condenada, en la medida que el actor se benefició de la rentabilidad que generó los aportes pensionales. (Expediente electrónico. 19AudienciaSentencia.mp4)

5.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que actuó de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sin que haya tenido injerencia en el negocio jurídico

que celebró el actor y el fondo de pensiones, ni intervino para que tomara dicha decisión del traslado, por lo que no puede ser afectada por la citada decisión, máxime cuando no es beneficiario del régimen de transición. Indicó que el traslado se produjo de manera libre y voluntaria, por lo que es improcedente declarar la ineficacia de tal acto. Solicitó se desestime la condena en costas. (Expediente electrónico. 19AudienciaSentencia.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Reinaldo Clavijo Niño realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 1º de noviembre de 1980 hasta el 4 de agosto de 1997 (Expediente digital, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_2001-20210603094641 del 07ExpedienteAdministrativo), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. el 9 de julio de 1997, según el formulario núm. 921895, entidad a la que actualmente se encuentra vinculado. (Expediente

digital PDF. 13ConstestacionPorvenir.pdf – Pág. 96)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

Así, para la data que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 9 de julio de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para

adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, tal y como lo dispuso el A quo.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación

jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el actor con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Acotando que la indexación se hace necesario con el fin de compensar el efecto inflacionario que sufre el peso colombiano con el simple transcurrir del tiempo, de manera que, aunque no se pidió en la demanda, su imposición resulta necesaria dado que no comporta una condena adicional a la solicitada, sino que se erige con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda (SL359-2021).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem, máxime cuando expresamente el A quo señaló

al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

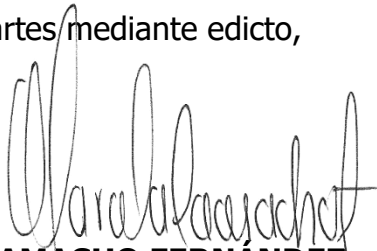
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

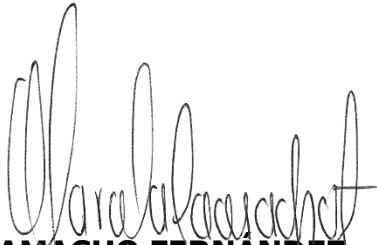
Magistrado
(Aclara voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-033-2020-00444-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **0833cfe30abb94699aeef4f3322f17d402117c81fa6da5a65ba480510002f952**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:15 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME CHAVARRO GALEANO
Demandadas: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 33-2022-00396-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Chavarro Galeano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, por tanto, válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones; que tiene derecho a la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, pidió a su favor que el fondo de pensiones accionado devuelva la totalidad de los aportes realizados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 19 de marzo de 1959, inició cotizaciones a seguridad social en pensiones desde noviembre de 1973, suscribiendo formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 11 de marzo de 2004, sin haberle brindado asesoría completa de las ventajas y desventajas, omitiendo cumplir con el deber de información y buen consejo. (Expediente digital PDF. 02Demanda, Pág. 48-77)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 09NotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta al libelo introductor se opuso a cada una de sus pretensiones esbozando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. No evidenció dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante y, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 06ContestacionColpensiones – pág. 24-67)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que la afiliación realizada en el año de 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico en los términos de la ley. En su defensa formuló las excepciones de mérito que inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones. (Expediente digital PDF. – Pág. 3-29)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de septiembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y que el demandante se encuentra actualmente afiliado de manera efectiva al RPMPD. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual y las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Indicó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Conminó a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha. Condenó a Colpensiones a que proceda no sólo a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media, sino que proceda al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003 artículo 9, dado que se encuentra causada la misma, supeditado su inclusión a nómina a la novedad de retiro o la última cotización, una vez lo informé el demandante.

Para arribar a tal decisión se adentra al estudio de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 63 de 1993, artículo 12 del Decreto 2720 de 1994 y Decreto 692, y con ello precisó el deber que tienen las AFP de brindar la correspondiente información al futuro afiliado, por lo que consideró que no podría argüirse que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. Bajo ese norte, estimó que el fondo privado no logró demostrar que suministró información al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información requerida, lo cual estaba en cabeza de éste, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen.

En cuanto a la pensión de vejez, señaló que, se encontraba demostrado que el accionante para la fecha de la presentación de la demanda, cuenta con 62 años y que, a septiembre de 2022, había cotizado un total de 1.590 semanas, cumpliendo con los requisitos para obtener el estatus de pensionado, conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003. (Expediente electrónico. Archivo 15AudienciaSentencia.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación esgrimiendo que el accionante tomó una decisión autónoma y consciente, por lo que no tuvo injerencia como tal en el negocio jurídico celebrado con la AFP. Atinente a las costas solicitó desestimar su condena, toda vez no tuvo injerencia y no fue partícipe de la decisión del demandante. (Expediente electrónico. Archivo 15AudienciaSentencia.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuesto por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vi) ¿Le asiste derecho a la accionante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez? Y (vii) ¿Debe ser exonerada Colpensiones de la condena en costas?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Jaime Chavarro Galeano realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 1º de noviembre de 1973 hasta el 30 de marzo de 2004 (Expediente digital, PDF 06ContestacionColpensiones – pág. 103 - 106), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Protección S.A. el 11 de marzo de 2004, según formulario núm. 7087792, donde actualmente se encuentra afiliado conforme al historial de vinculaciones de Asofondos.

(Expediente digital, PDF 07ContestacionProtección, pág. 42 - 42)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar

información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

Así, para la data que el actor se trasladó a AFP Protección S.A., esto es, el 11 de marzo de 2004, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y

además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, tal y como lo dispuso el A quo.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el actor con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem, máxime cuando expresamente el A quo señaló al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1º de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1º de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

12.1. Edad. El convocante a juicio cumplió el requisito de edad de los 62 años el 19 de marzo de 2021, toda vez que, nació el mismo día y mes del año 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente. (Expediente digital, PDF 02Demanda, pág. 5)

12.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que el señor Chavarro también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1605.86 semanas a noviembre de 2022. Por tanto, es claro que el accionante del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

12.3. Disfrute de la pensión y liquidación. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, la Sala evidencia que el Juez de primer grado no se equivocó al condenar a **COLPENSIONES** reconocer al demandante la pensión de vejez, a partir de la fecha en la cual acreditó un total de 1.300 semanas cotizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, pues no se encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada.

Para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año. Aclarando que, para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

13. Conclusión. Con todo lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado.

14. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

15. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

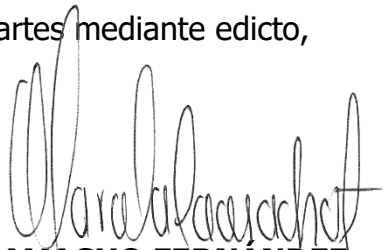
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



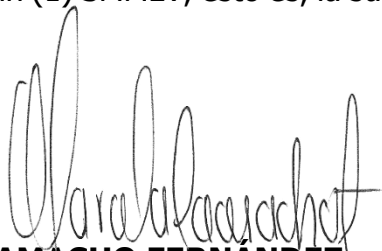
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-033-2022-00396-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **53c38be2068b3233c6587309be0d52cc488b0e528a4bc31af9084ddb1041928d**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:16 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ STELLA ROJAS HERNÁNDEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 41-2021-00399-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Stella Rojas Hernández instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS en 1966 y, en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a retornar todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, empezó a cotizar a Colpensiones entre 30 de enero de 1996 al 30 de marzo de la misma anualidad, dado que para el 8 de marzo de 1996 se trasladó a Colfondos S.A. y el 30 de julio 2002 a la AFP Porvenir S.A. Indicó que no recibió información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, ni se le efectuó una simulación de su situación pensional, por lo que ninguno de los asesores le brindó información, pertinente, veraz y oportuna para de esta forma tomar una decisión informada. (Expediente digital PDF. 01Demanda.pdf, Pág. 3-10)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 36NotificacionAndje.pdf – pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias indicando que aunque desconoce circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, pero consideró que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegase a invalidar la misma.

Resaltó que la actora fue negligente con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto y sabiendo de las obligaciones como consumidora financiera, no puede pretender

trasladarse de régimen, máxime cuando la ignorancia de la ley no sirve de excusa. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (Expediente digital pdf. 16ContestacionDemandaColpensiones.pdf – pág. 2-21)

3.2. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio no se opuso a las pretensiones del libelo genitor. Adujo que la afiliación se presentó en virtud del derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra los aportes, siendo el RAIS el de su elección. Precisó que los asesores le brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, asesorando acerca de las características, el funcionamiento, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, compensación y pago. (Expediente digital PDF. 18ContestacionDemandaColfondos.pdf – Pág. 3-16)

3.3. AFP Porvenir S.A. Contestó la demanda con oposición de las pretensiones esbozando que la accionante se vinculó de manera horizontal a la AFP, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, de acuerdo con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de allí la improcedencia de la ineficacia. Propuso excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (Expediente digital PDF. 17ContestacionDemandaPorvenir.Pdf - pág. 3-26)

4. Fallo de Primera instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero de 2024, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS, en consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. para que, dentro de los 3 meses siguientes, transfiera a Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración, así mismo, el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Indicó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión el A quo señaló que, de conformidad con la ley y jurisprudencia, se ha reiterado que si se acredita que en efecto no se brindó una debida asesoría por parte de la AFP a la demandante, que le permitiera ejercer en la libre escogencia el régimen pensional, quedará sin efecto el traslado de régimen pensional. Indicó que en armonía a la sentencia SL 3202 de 2021, el deber de información que resulta útil para comprender el funcionamiento del sistema ha ido refinando con el paso del tiempo, por lo que para la época del traslado se debió efectuar la primera etapa que se consagra en la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1993.

Así las cosas, indicó que la AFP debió informarle a la accionante sobre las características, condiciones, el acceso, los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, aspectos que brillan por su ausencia probados en el presente asunto, ya que, aunque obra el formulario de afiliación suscrito por la actora, el cual no fue tachado ni desconocido por esta, no acredita que se haya cumplido con el deber de información, pues a lo sumo acredita únicamente un consentimiento libre de vicios, lo que le imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico. 34GrabacionAudiencia.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación aduciendo que de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y la Superintendencia Financiera de Colombia, ha establecido que una vez declarada la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, sin que proceda la devolución de alguna otra suma diferente a esta, como los gastos de administración, mismos que se descontaron por virtud de una disposición legal y no están destinados a financiar la pensión de la accionante.

Atinente a los seguros previsionales refirió que son descuentos de orden legales, los cuales son consignados a una aseguradora, por lo que ese dinero ya salió del patrimonio del fondo de pensiones, al igual los porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima, sin que la AFP tenga beneficio alguno. En ese orden, pidió que se revoque su condena al igual que la indexación de las sumas en la medida que es incompatible con los rendimientos que ha generado la cuenta, por lo que sería una doble sanción. (Expediente electrónico. 34GrabacionAudiencia.mp4)

5.2. Colpensiones. Como argumentos de su alzada refirió que el juzgador no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en la medida que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado por el fondo y la accionante, el cual es interpartes y no puede a causa de ello ser perjudicada ni beneficiada. Adujo que de mantenerse con la condena se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, al igual que el PIB y la reserva pensional. Señaló que la promotora del proceso se encuentra inmersa en la prohibición legal para que opte por el régimen pensional que administra, de manera que en caso de que se confirme la determinación del A quo, se condene a la AFP que incumplió con el deber de información, pague los perjuicios económicos que se susciten. (Expediente electrónico. 34GrabacionAudiencia.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Luz Stella Rojas Hernández realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 22 de abril de la misma anualidad (Expediente digital – 16.1ExpedienteAdministrativo.pdf), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- Colfondos S.A. el 8 de marzo de 1996, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1996 hasta el 31 de agosto de 2002, según formulario de afiliación núm. 4080.
(Expediente digital – 18ContestacionDemandaColfondos.pdf, pág. 18)
- AFP Porvenir S.A. el 30 de julio de 2002, con fecha de efectividad el 1º de septiembre de 2002, según el formulario de afiliación núm. 10148337, entidad donde se encuentra actualmente (Expediente digital – 17ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 94)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es 8 de marzo de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido; sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en el año 1996 y 2002 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 8 de marzo de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le

permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*imponer que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con la accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la actora con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afina la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo

privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera y para resolver el planteamiento que formula la recurrente, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos

de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFPs codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora. Acotando que la misma se hace necesario con el fin de compensar el efecto inflacionario que sufre el peso colombiano con el simple transcurrir del tiempo, de manera que, aunque no se pidió en la demanda, su imposición resulta necesaria dado que no comporta una condena adicional a la solicitada, sino que se erige con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda (SL359-2021).

No puede pretender la encartada que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se incluye dicha devolución dentro de la condena a Colfondos S.A., se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en estos tópicos.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

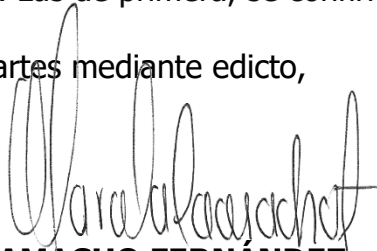
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2024, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a COLFONDOS S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **LUZ STELLA ROJAS HERNÁNDEZ**, disponiendo que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

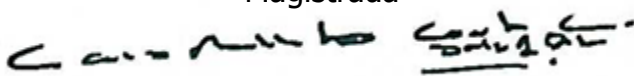
TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



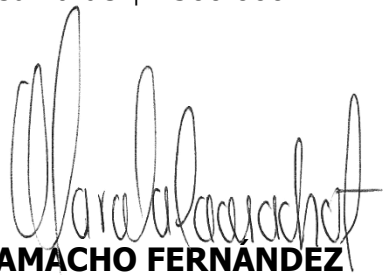
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-041-2021-00399-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **0802a6a7a0a0b7d97017f4fc2d30212c111e4061e38437b9c202ec097cdcabdf**

Documento generado en 02/04/2024 03:38:01 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MIGUEL ÁNGEL CERÓN MOLINA
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 16-2022-00399-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Miguel Ángel Cerón Molina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, se condene a las demandadas a determinar que jamás dejó de pertenecer al RPMPD y al fondo privado a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorros individual, junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a realizar aportes en pensión a la Caja Nacional de Previsión, desde el 1° de noviembre de 1985 hasta el 27 de noviembre de 1994. Indicó que, en febrero de 2001, suscribió formulario de afiliación al RAIS, sin haberle brindado información en debida forma, clara y precisa, sobre sus condiciones pensionales ni una proyección futura respecto a los aportes y condiciones en las cuales se pensionaría. (Expediente digital PDF. 01DemandaConAnexos, Pág. 2-31)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 05NotifAgenciaNacional.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta al libelo demandatorio se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, exponiendo que, dentro del acervo probatorio no obra prueba alguna donde el demandante hubiese incurrido en error, por lo tanto, el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Indicó que no observa dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad, por lo anterior, señaló que, no es procedente alegar después de dicho periodo que fue engañado, solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genérica. (Expediente digital pdf. 08ContestacionColpensiones.pdf – pág. 2-22)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio no se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el traslado de régimen pensional fue completamente válido, el cual estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho y no de derecho. Refirió que el accionante no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo tanto, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. A su favor propuso las excepciones de fondo que rotuló como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 07ConstestaciónPorvenir.pdf – Pág. 2-28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de febrero de 2024, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los conceptos, y a Colpensiones a recibir los recursos condenados para reactivar la afiliación del accionante. Por último, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, precisando que no se puede predicar su saneamiento por el paso del tiempo respecto de las omisiones en que se ha incurrido cuando se efectúa el traslado de régimen y no se cumple con el deber de información. Indicó que en la primera etapa va enmarcada en la ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, porque a partir de la Ley 1748 de 2014 se exige la doble asesoría. Destacó que no existe medio probatorio tendiente a demostrar que el actor fue suficientemente informado al momento del traslado, por lo que debía declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros con destino a Colpensiones. (Expediente electrónico. 16GrabacinAudienciaInicialyJuzgamiento.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación esbozando que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en pro de una estabilidad financiera y una libre escogencia de los trabajadores, se crearon 2 regímenes coexistentes el RPMPD y el RAIS, por tal motivo, el traslado del demandante al fondo privado se presume que se realizó en el ejercicio del derecho de la libre escogencia, por lo que es, completamente válido por haberse realizado conforme la exigencias normativas y vigentes a dicha data del traslado. Indicó que no hay vicio del consentimiento en el presente asunto, dado que el promotor del proceso gozó de plena autonomía para trasladarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente de la suscripción del formulario y actuó bajo la libre escogencia.

Frente a la carga de la prueba, consideró que la AFP Porvenir S.A. es quien tiene la responsabilidad frente a los hechos, sin que Colpensiones tenga mérito alguno frente a la

condena proferida, por lo tanto, solicitó se revoque la condena en costas, en la medida que no tiene un fondo para el pago de estas, lo que genera afectación a su patrimonio, puesto que actuó conforme a la ley. (Expediente electrónico. 16GrabacinAudienciaInicialyJuzgamiento.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Colpensiones debe ser exonerada del pago de costas procesales?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que el actor se encontraba vinculado a Cajanal por virtud de los empleadores Hospital Departamental de Granada E.S.E. y Secretaría Departamental de Salud del Guaviare, realizando aportes 1º de noviembre de 1985 al 22 de febrero de 1987, del 10 de junio de 1988 al 10 de agosto de 1992 y del 7 de enero 1993 al 27 de noviembre de 1994; además, efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión Social del Meta entre 21 de marzo de 1986 al 8 de mayo de 1987, según Certificación Electrónica de Tiempos Laborados "CETIL". Así mismo, se halla demostrado que el promotor del proceso se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. el 13 de febrero de 2001, efectivo a

partir del 14 de febrero de la misma anualidad, vinculación que se mantiene en la actualidad. (Expediente digital, PDF 07ContestacionPorvenir – pág. 126)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él, sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a el afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

Así, para la fecha en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 13 de febrero de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a el actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, entre tanto, aquél se limitó aducir algunas de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a el gestor de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que *"impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"*, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el actor con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinsa la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que antes del traslado al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C. y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de esta mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asuman dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por

las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 51 años de edad, por haber nacido el 17 de agosto de 1957, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, se debe indicar que, al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la

sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos. No obstante, se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2024, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"SEGUNDO: Condenar a la **Administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.**, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la **Administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES**, incluyendo los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los conceptos que integraron las cotizaciones realizadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sumas que deberán ser indexadas."

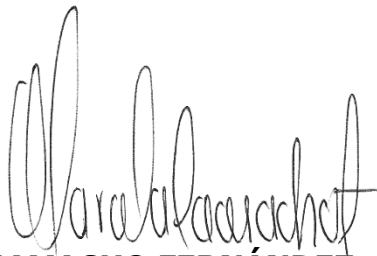
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada y apelada, en el sentido de indicar que, al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



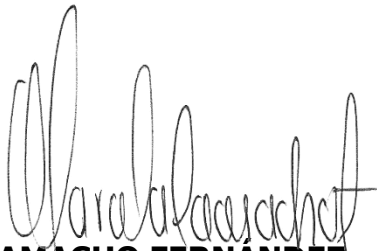
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-016-2022-00399-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **9c20fce4278fc55631cf588735a12d1bf0a406e547a8a9d04a22e865a0a2230e**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:08 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EMPERATRIZ LÓPEZ QUINTERO
Demandadas: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 18-2020-00422-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Emperatriz López Quintero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la afiliación sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorros individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieran causado, donde se ordene a Colpensiones a recibir dichos valores; costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales el 2 de agosto de 1982 al 31 de octubre de 1999, data para la cual suscribió el formulario de afiliación a Colfondos S.A., dado que los asesores del fondo de pensiones privados le informaron lo conveniente y rentable que era efectuar el traslado al RAIS, sin haberle informado en debida forma, clara y precisa sobre sus condiciones pensionales ni una proyección futuro respecto a los aportes y condiciones en las cuales se pensionaría. (Expediente digital PDF. 01DemandaAnexos, Pág. 5-14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 06AvisoColpensionesAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta al libelo demandatorio, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda esbozando que, el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Expuso que resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud sobre la decisión que tomó y no fue sino hasta después de más de 20 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años, para acceder a la

pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

En su defensa formuló las excepciones perentorias que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y genérica.

(Expediente digital PDF. 07ContestacionDemandaColpensiones – pág. 4-31)

3.2. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor aduciendo que brindó a la demandante asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Adujo que lo asesoró acerca de las características de dicho régimen y el funcionamiento de este, así como las diferencias, ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el fondo de pensiones, por lo que no existió omisión de información, ni tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado. En su favor formuló las excepciones de fondo que rotuló como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Expediente digital PDF. 09ContestacionDemandaColfondos – Pág. 4-23)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero de 2024, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, por ende, la accionante no se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Colfondos S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco días a la ejecutoria de la providencia a trasladar los aportes pensionales efectuados, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades y a Colpensiones aceptar dichos valores, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen conforme. Por último, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión el A quo, señaló que, las normas laborales han evolucionado en cuanto al deber información por parte de los fondos de pensiones, siendo que en sentencia SL3031 de 2021, se precisó 3 momentos o etapas. Resaltó que se debe brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales existentes y las consecuencias reales de abandonar el régimen que se encontraba vinculada; omisión que trae consigo que el afiliado tenga la posibilidad de solicitar la declaratoria de la ineficacia del traslado, sin que ello genere un detrimento a Colpensiones.

Se adentró al estudio de los medios probatorios y de ellos evidenció que el fondo privado omitió en su momento el deber de información contenido en la Ley 100 de 1993, con lo cual la actora no pudo escoger el régimen pensional que más le convenía. Reiteró que en el expediente no obra un solo medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información, dado que el formulario de afiliación solo acredita el consentimiento de la trabajadora, pero no que hubiese sido informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, núm. 1º del Decreto 663 de 1993, razón por la cual debía acceder a las

pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia del traslado. (Expediente electrónico. 17AudienciaVirtualFallo.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colfondos S.A. En sustento del recurso de apelación indicó que el traslado horizontal realizado por la parte demandante se hizo de forma legal al imponer su firma de manera libre y voluntaria en el formulario de afiliación, en el que expresó haber comprendido las implicaciones de su decisión, medio de prueba que no debe desestimarse, puesto que el legislador lo ha regulado de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Indicó que la demandante se encuentra dentro de la causal de prohibición para trasladarse, máxime cuando el fondo de pensiones ha dado cumplimiento a todo y cada uno de los presupuestos legales con relación a la vinculación de los afiliados al régimen de pensiones conforme los avances negativos y con relación al deber de información y buen consejo, siendo que no hay lugar a la existencia del vicio de consentimiento. Estimó que la ignorancia del derecho no sirve de excusa por lo que concluyó que el error de derecho no da lugar a declarar la nulidad e ineficacia de un acto jurídico. (Expediente electrónico. 17AudienciaVirtualFallo.mp4)

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su alzada esgrimió que dentro del proceso no se dio por probado por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento que se dio la escogencia del régimen por parte de esta. Evidenció del interrogatorio de parte que se le practicó a la actora, que no se vio coaccionada para diligenciar el formulario de afiliación y que el mismo se dio en cumplimiento de la norma, por lo tanto, en virtud de su libre escogencia se estructura su derecho pensional en el RAIS. Recalcó que la promotora está dentro de las limitaciones impuestas por la ley, para hacer efectivo el traslado de régimen. Finalmente, hizo hincapié que en caso de que se acceda a las pretensiones de la demandante, se estaría transgrediendo los postulados del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional. (Expediente electrónico. 17AudienciaVirtualFallo.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colfondos S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de

administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; y (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Emperatriz López Quintero realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 2 de agosto de 1982 hasta el 30 de octubre de 1999 (Expediente digital, PDF 10ExpedienteAdministrativoColpensiones – pág. 97-102), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Colfondos S.A. el 23 de septiembre de 1999, efectivo a partir del 1º de noviembre de la misma anualidad, vinculación que se mantiene en la actualidad. (Expediente digital, PDF 14RespuestaPruebaOficio – pág. 4)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la fecha en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es, el 23 de septiembre de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que la afiliada conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ

en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó aducir algunas de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con

Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, tal y con acierto lo señaló el A quo.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de

permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora. Acotando que la misma se hace necesario con el fin de compensar el efecto inflacionario que sufre el peso colombiano con el simple transcurrir del tiempo, de manera que, aunque no se pidió en la demanda, su imposición resulta necesaria dado que no comporta una condena adicional a la solicitada, sino que se erige con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda (SL359-2021).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem, máxime cuando expresamente el A quo señaló al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

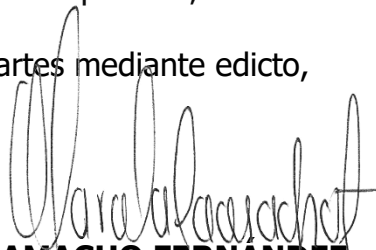
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

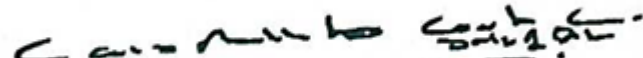
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2024, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-018-2020-00422-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **9c4a67b928e57724d45d1aeac51f1d6d25f7068b31367d6b8a98a9d0e54d570a**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:09 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAFAEL IGNACIO ARANGO TOBÓN
Demandadas: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110012105-019-2021-00493-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veintitrés (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rafael Ignacio Arango Tobón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Protección S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS en el mes de enero del año 1997 ante la AFP Protección, por existir engaño y asalto a su buena fe; como consecuencia, se ordene a la AFP retornar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos; lo ultra y extra petita, así como el pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, estuvo afiliado al ISS desde el 19 de junio de 1985 hasta enero de 1997; en donde acumuló un total de 559.14 semanas cotizada; en enero de 1997, asesores de AFP Protección le presentaron el nuevo régimen pensional, se le aseguró que el ISS se liquidaría, con pérdida de lo cotizado hasta el momento, se le indicó que tendría mayores rendimientos y mejores beneficios con el fondo privado de pensiones, no se le informó acerca del derecho de retracto que le asistía; refiere que fue víctima de información falsa; a mayo de 2021 contaba con un total de 989.15 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones; la mesada pensional que recibiría en el RPM es considerablemente mayor que la del RAIS; el 6 de septiembre de 2021, radicó derechos de petición ante Colpensiones y AFP Protección solicitando la nulidad del traslado y el retorno al RPM, pretensión que fue negada por la demandadas.

(Expediente digital PDF 03Demanda. Pág. 1 a 20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF 06EnvioNotificacion, pág 10-11); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por

falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Como excepciones de mérito formuló las denominadas, 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, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (Expediente digital PDF. 08ContestaciónColpensiones. Pág. 2-39)

3.2. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en la medida que el formulario de vinculación que suscribió el señor Rafael Ignacio Arango Tobón, denota que este se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Expediente digital PDF 07ContestacionProtección. Pág. 2-26)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de febrero de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS del 13 de enero de 1997 a la AFP Protección S.A.; declaró válidamente vinculado al demandante al RMPD como si nunca se hubiera trasladado; en consecuencia, ordenó a Protección S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas; los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y gravó en costas a Protección S.A.

La A quo fundamentó su decisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha destacado que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen el deber de suministrar a sus interesados una información completa y comprensible; la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar información dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Consideró que dentro del presente juicio no se acreditó el deber de información por parte de la AFP demandada al momento de la realización del traslado, ni las implicaciones del cambio de régimen pensional, ni las proyecciones de cada régimen en un cuadro comparativo, ni el capital que debía tener para pensionarse entre otras por lo que se debía declarar su ineficacia del traslado de régimen pensional. (Expediente digital PDF. archivos 18 y 19)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por Colpensiones aduciendo que el demandante realizó su traslado de régimen pensional en marzo de 1997, conforme lo establece el artículo 13 de la ley 1993, sin que hubiera alguna presión o coacción, en su lugar la decisión de afiliarse fue tomada de manera libre, espontánea, voluntaria y encontrándose frente a una mera expectativa pensional toda vez que se encontraba en plena construcción su derecho pensional. Aunado a esto, señala que hubiera sido inocua la comparación de los distintos regímenes ya que se desconocía cuál sería el promedio de su ingreso base de cotización a lo largo de su afiliación para el momento que cumpliera los requisitos para tener derecho a su pensión. También que en virtud de la ley 797 de 2003 se brindó la posibilidad a quienes sintieran alguna vulneración de sus derechos pensionales o estuvieron inconformes con su traslado de régimen de retornar al régimen de prima media, sin que el demandante hubiera realizado alguna acción pendiente a realizar dicho retorno, solo lo hizo hasta septiembre de 2021 cuando ya contaba con la edad de 58 años, encontrándose para esta época inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Igualmente, en el régimen del consumidor financiero, impone a los consumidores el deber de informarse debidamente de las condiciones del sistema, toda vez que, si bien es cierto se impone un deber de información por parte de las administradoras, esto no exonera a los afiliados del deber de concurrir ilustrado a la elección de su régimen pensional. De otro lado, se debe tener en cuenta que, el demandante, el demandante ratificó qué deseaba mantenerse en dicho régimen, ya que transcurrieron 26 años desde su afiliación primigenia y conforme lo establece el artículo 1754 del código civil, se encuentra saneado cualquier vicio o nulidad que se hubiera presentado al momento de realizar su afiliación en el año de 1997.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Protección S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos, debidamente indexadas?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de

régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Rafael Ignacio Arango Tobón realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 19 de junio de 1985 al 31 de diciembre de 1996 (Expediente digital, PDF04 anexos, pág 72-76); se trasladó a AFP Protección S.A. el 13 de enero de 1997, iniciando cotizaciones desde el 1 de marzo de 1997 hasta la fecha (Expediente digital PDF04 anexos. Pág. 90 y PDF ConstestacionProteccion, pág. 35 a 37)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Protección S.A., esto es, 13 de enero de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación

a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al convocante a juicio una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el gestor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el accionante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del accionante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación. Así mismo, indica que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

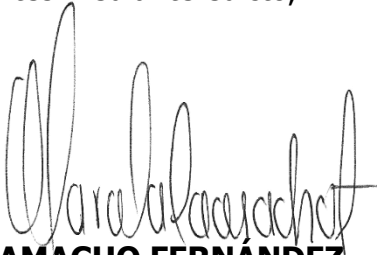
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

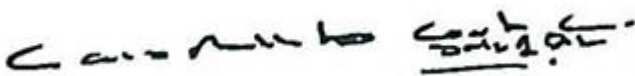
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



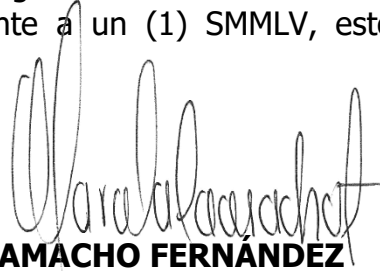
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-019-2021-00493-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **95badbb6ab84575f403357b608e870713f16379c7115bc20941889763928d963**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:11 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ HELENA CEBALLOS HURTADO
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Litisconsorte: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES
Radicación: 110013105-001-2020-00545-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Helena Ceballos Hurtado instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Protección S.A. con el propósito que se declare la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual en Protección S.A., por omisión de deberes y obligaciones que las etapas del proceso exigen; en consecuencia, se condene a la AFP a enviar a Colpensiones el detalle del traslado de aportes y se active su afiliación al régimen de prima media desde el 1 de julio de 1996, a su vez, ordene a la entidad pública a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes; se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar; se condene al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que, en caso de no ser declarada la nulidad del traslado, se condene a Protección S.A., a pagar el valor del “*decremento pensional*”, calculado en el dictamen pericial que se aportó como prueba.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al RPMPD en agosto de 1983 y en mayo de 1996, se trasladó al RIAS administrado por Protección S.A.), sin que para esta fecha se le haya brindado suficiente información sobre las consecuencias del traslado, dado que Protección S.A. no le entregó un cálculo de proyección pensional ni un consentimiento informado; refiere que solicitó información a Protección S.A. en febrero de 2020, quien le manifestó que no contaba con registro de la asesoría dada; fue radicada reclamación administrativa ante Colpensiones en agosto de 2020, quien manifestó que no era posible reactivar su afiliación al régimen de prima media; ha cotizado más de 1.600 semanas al sistema pensional y cuenta con más de 61 años de edad.

(Expediente electrónico, PDF 04SubsanacionDemanda, pág. 3-19).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 08ConstanciaNotificacionJuzgado); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, argumentando que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 202, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. (Expediente electrónico, PDF09 ContestacionColpensiones, pág. 3 a 26)

3.2. AFP Protección S.A. La demandada se opuso a las pretensiones argumentando que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; el formulario de vinculación que suscribió la señora Luz Helena Ceballos Hurtado, da cuenta que la afiliación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, el cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada, la que estuvo libre de presión y engaños. Como excepciones de mérito propuso las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (Expediente electrónico, PDF07 ContestaciónProtección, pág.3 a 21)

4. Trámite procesal. En proveído del 19 de agosto del 2022, se dispuso integrar como litisconsorte necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (Expediente electrónico, PDF 10AutoInadmitirContestacion); quien presentó escrito de contestación, en donde refirió que, se opone a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015), esta oficina responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de Bonos Pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, lo que de entrada nos lleva a concluir que la vinculación de la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al presente litigio, resulta totalmente inoficiosa. Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, La Oficina de bonos, suspensiones no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador de pensional, la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público, ya cumplió con la emisión del bono pensional de la señora Luz Elena Ceballos Hurtado, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera. (Expediente electrónico, PDF 12ContestaciónMinHacienda, pág. 2 a 29)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de febrero de 2024, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado al RPMPD, en las mismas condiciones que tenía al momento de su traslado al RAIS, a su vez, dispuso que Protección S.A. debía trasladar a la entidad pública los aportes realizados por la accionante, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional, los gastos de administración, la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados al fondo de garantías mínimas; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la afiliada en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; desvinculó a La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina Bonos Pensionales del presente proceso; ordenó a Protección S.A. a la devolución del Bono Pensional Tipo A debidamente indexado a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y gravó en costas a las demandadas.

El A quo fundamentó su decisión en que, conforme lo tiene definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora privada de pensiones, tiene el deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales del traslado de régimen pensional, al ser ello así indicó que dentro del plenario no existe un solo medio de convicción que demuestre el cumplimiento de esta obligación a cargo de Protección, pues si bien, se había allegado el formulario de vinculación, este únicamente demostraba la voluntad del trabajador, más no que esta haya estado precedida del deber de información, de esta manera se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la afiliada decidir con plena libertad su traslado de régimen.

Refirió que la Oficina de Bonos Pensionales emitió el bono pensional tipo A modalidad 2, la cual fue redimida mediante la Resolución 20494, conforme lo solicitado por Protección S.A., sin que actualmente se tenga algún trámite pendiente por atender en relación con dicho beneficio, conforme lo anterior, considero que el Ministerio de Hacienda ha cumplido con las obligaciones que se encuentran a su cargo, ordenó su desvinculación del proceso.

(Expediente electrónico, Archivo 17 y 18)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por Colpensiones en contra de la decisión proferida por el despacho únicamente en cuanto a la condena en costas impuesta en su contra, argumentando que, al momento del traslado no intervino la entidad y tampoco medió presión por parte del extinto ISS, la decisión fue de manera bilateral, entre la accionante y la AFP, sin que existiera injerencia del administrador del RPMPD, con ello queda claro que la entidad no fue la causante de esta demanda laboral, pues a través de derecho de petición no podía ordenar retorno de la afiliada a este régimen porque se encontraba inmersa en la prohibición legal, por lo que, la entidad ha sido condenada injustamente.

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor del ente

público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Hay lugar a imponer condene en costas a instancia de Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Luz Helena Ceballos Hurtado se afilió al ISS el 21 de abril de 1988 hasta el 31 de mayo de 1996 (Expediente electrónico, PDF09 contestaciónColpensiones, Pág. 275 a 313); se trasladó a la AFP Protección S.A. el 08 de mayo de 1996, con cotizaciones desde el 01 de julio de 1996 hasta la fecha. (Expediente electrónico, PDF07 contestacionProtección, Pág. 60)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la gestora de la litis, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP ProtecciónS.A., esto es, 08 de mayo de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la gestora de la litis una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la censura al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la promotora de la contienda es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia, tal y con acierto lo señaló el A quo.

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022) sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación. Asimismo indica que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421

de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero de 2024, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



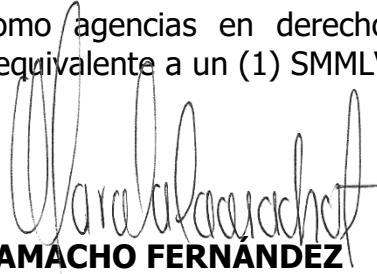
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-001-2020-00545-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **b3ff3a139ed9e1d419478690022a32fa0efef04221720b9032d947310f2c6b41**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:18 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GUILLERMO GARZÓN ORTIZ
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 04-2021-00577-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Guillermo Garzón Ortiz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, así mismo, que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido al RPMPD. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a retornar todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, así como bonos pensionales y gastos de administración; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, desde el inicio de su vida laboral hasta el año de 1996, cotizó para el ISS hoy Colpensiones, dado que suscribió formulario de traslado de régimen al RAIS, administrado por la AFP Colfondos en 1996 y con posterioridad en 1999 se trasladó a la AFP Protección S.A. Indicó que no recibió información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, ni se le efectuó una simulación de su situación pensional, por lo que ninguno de los asesores le brindó información, pertinente, veraz y oportuna para de esta forma tomar una decisión informada. (Expediente digital PDF. 01DemandayAnexos- pág. 5-20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 07NotificacionJudicialANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias indicando que el demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia, y aunque desconoce circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, pero consideró que si el actor decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Resaltó que el actor fue negligente con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto y sabiendo de las obligaciones como consumidor financiero, no puede pretender trasladarse de régimen, máxime cuando la ignorancia de la ley no sirve de excusa. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (Expediente digital PDF. 04ContestacionColpensiones – pág. 2-23)

3.2. Colfondos S.A. Mediante proveído calendado el 24 de noviembre de 2023, se tuvo por no contestada la demanda (Expediente digital PDF. 19AutoDaPorNoContestadaFijaFecha)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición de las pretensiones, esbozando que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones. Propuso excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, validez y eficacia del traslado entre AFP, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y genérica. (Expediente digital PDF. 06ContestaciónProtecciónSA- pág. 3-27)

4. Fallo de Primera instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de febrero de 2024, en la que el fallador de primera instancia declaró la inexistencia de la afiliación del demandante a la AFP Colfondos S.A., siendo que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, devuelva a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora; indicó que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a Colfondos a devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Por último, gravó en costas a los fondos de pensiones privados.

Para arribar a tal decisión el A quo citó el artículo 13, literal “b” de la ley 100 de 1993, para a continuación precisar de conformidad con la ley y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha reiterado que si se acredita que en efecto no se brindó una debida asesoría por parte de la AFP al demandante, que le permita ejercer en la libre escogencia el régimen pensional, quedara sin efecto el traslado de régimen pensional. Indicó que en armonía a la sentencia SL 3202 de 2021, el deber de información que resulta útil para comprender el funcionamiento del sistema ha ido refinándose con el paso

del tiempo, por lo que para la época del traslado se debió efectuar la primera etapa que se consagra en la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1993.

Así las cosas, indicó que la AFP debió informarle al accionante sobre las características, condiciones, el acceso, los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, aspectos que brillan por su ausencia probados en el presente asunto, ya que, aunque obra el formulario de afiliación suscrito por el actor, el cual no fue tachado ni desconocido por aquel, no acredita que se haya cumplido con el deber de información, pues a lo sumo acredita únicamente un consentimiento libre de vicios, lo que le imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico PDF. 26ActaAudiencia20240208)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **Colfondos S.A.** interpuso recurso de apelación esbozando que, siempre ha garantizado a los futuros afiliados la protección del derecho de información, el cual siempre ha sido claro, veraz y eficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, pues le indicó las características, ventajas, las consecuencias del traslado y los términos de como se obtiene la pensión en dicho régimen; por tanto, tampoco se puede desconocer que garantizó el derecho de retracto, sin que el demandante ejerciera esa facultad, lo cual deja en evidencia que aquel se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria.

En cuanto a la indexación refirió que esta condena resulta improcedente porque los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado rendimientos. Resaltó que, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala cuales son valores que se deben retornar, por lo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes. Con relación a los gastos de administración, dijo que los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, dado que, las otras sumas, no van a financiar el valor de la pensión. (Expediente electrónico PDF. 26ActaAudiencia20240208)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colfondos S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones

debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Guillermo Garzón Ortiz realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 31 de agosto de 1981 hasta el 15 de septiembre de 1996 (Expediente digital – 04ContestaciónColpensiones.pdf – pág. 43-45), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- Colfondos S.A. el 27 de septiembre de 1996, con fecha de efectividad el 1º de noviembre de 1996, hasta el 31 de mayo de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital – 06ContestaciónProtecciónSA.pdf, pág. 37)
- AFP Protección S.A. el 7 de abril de 1999, con fecha de efectividad el 1º de junio de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos, entidad donde se encuentra actualmente (Expediente digital – 06ContestaciónProtecciónSA.pdf, pág. 37)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de

pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Colfondos S.A., esto es el 27 de septiembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a el actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido; sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a el demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colfondos S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a el actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. y AFP Protección S.A., en el año 1996 y 1999 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 27 de septiembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser

antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFPs codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora. Acotando que la misma se hace necesario con el fin de compensar el efecto inflacionario que sufre el peso colombiano con el simple transcurrir del tiempo, de manera que, aunque no se pidió en la demanda, su imposición resulta necesaria dado que no comporta una condena adicional a la solicitada, sino que se erige con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda (SL359-2021).

Por lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche, máxime cuando expresamente el A quo señaló que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, determinación que luce acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (SL2877-2020).

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, es importante recordar que el artículo 365 del CGP establece la obligación de condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este sentido, no resulta procedente dejar de condenar en costas, especialmente cuando la parte vencida ha puesto resistencia a todas las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, este punto de apelación carece de fundamento y resulta infructuoso.

14. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colfondos S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

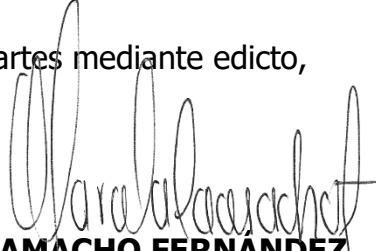
RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

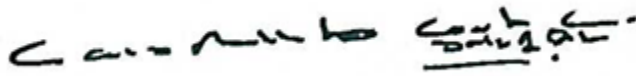
SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colfondos S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



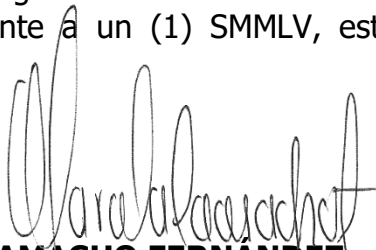
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
(Aclara Voto)



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colfondos S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-004-2021-00577-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **b22a687a39080b502c63c37e7fce8434492bb9992d190a5ca51a4a4309a60060**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:18 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA BEATRIZ VELÁSQUEZ SÁNCHEZ
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-004-2023-00069-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Beatriz Velásquez Sánchez , instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con Porvenir y posteriormente con Protección; se ordene a este último fondo a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus frutos e intereses; en consecuencia, se ordene a la entidad pública a recibirla como su afiliada en el régimen de prima media con prestación definida; lo que resulte ultra y extra petita, así como las costas y agencia en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, nació el 23 de marzo de 1961 y ha trabajado en empresas del sector privado, acumulando 79.97 semanas cotizadas en el régimen de prima media en el Instituto de Seguro Social (hoy Colpensiones) desde el inicio de su vida laboral; se trasladó a Porvenir S.A. el 4 de septiembre de 1996; el 19 de junio de 2000 suscribió formulario de afiliación con Protección; refiere en ninguna de estas vinculaciones recibió asesoría previa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen; Protección S.A. le proyectó una mesada pensional de \$1.160.000 a los 61 años; fue solicitado ante Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, petición que fue rechazada. (Expediente electrónico, PDF01demanda, Pág. 70 a 83)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF0 9NotificaciónJudicialANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda, argumentando que, la solicitud de ineficacia del traslado de régimen atenta de forma directa contra la sostenibilidad financiera del Régimen, al tener que recibir el traslado de la actora que por ley está prohibido a la entidad, por su edad, según las disposiciones de la Ley 797 de

2003, por ello que no existe obligación de la entidad de recibir los dineros por gastos, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. Como excepciones de fondo propuso las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. (Expediente electrónico, PDF07 ContestaciondemandaColpensiones. Pág 3-29)

3.2 Protección S.A.: La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, resalta que del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 2001, se advierte que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, el que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante; tal manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: existencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarada la nulidad y/o de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación, por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente, sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF10 ContestacionDemandaProteccion, pág 3 a 23)

3.3 Porvenir S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando para ello que, la parte actora se trasladó de régimen pensional con esta AFP el día 04 de septiembre de 1996 a través del formulario No. 784985, de manera libre, consiente y voluntaria, una vez que recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales; a su vez, resalta que, de acuerdo con la suscripción del formulario - documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT- la parte demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, tal y como quedo plasmado en el formulario de afiliación. En su defensa propuso las excepciones de mérito las que denominó buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y compensación. (Expediente electrónico, PDF10 ContestacionDemandaPorvenir, pág 2 a 28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero de 2024, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A.; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; condenó a Protección S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior

orden deberá ser cumplida dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia; condenó a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia; ordenó a Colpensiones que, una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, orden que deberá cumplirle en el término de los 15 días siguientes al señalado anteriormente; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y gravó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A.

El *a quo* fundamentó su decisión en que los fondos privados de pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Determinó que el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de los trabajadores; después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, afirmó que, al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó la demandante con Porvenir S.A., esta tenía la carga de suministrar una información veraz y transparente, por ello, era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por el actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Expuso que, no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 1996, a la accionante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Precisó que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que no constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses. Adicional a ello, sostuvo que del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna que demuestre que previo a su traslado se le brindó la correspondiente información. (Expediente digital, archivos 19 y 20)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de **Porvenir S.A.**, con la finalidad que se revoque en su integridad argumentando que la actora se traslada el régimen pensional hacia porvenir el 4 de septiembre del año 1996, a través de la suscripción de un formulario de afiliación que se presume que lo realizó de

manera libre consciente voluntaria y una vez que recibió la información transparente y necesaria para tomar esta determinación comparándola con el conocimiento que en su momento tenía de RPMPD para así tomar la mejor decisión. La parte demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, tal y como quedo plasmado en el formulario de afiliación, por ello, no habría lugar a que se declarara la ineficacia del traslado a que se refiere la Ley 100 de 1993, debido a que la misma opera solo frente a actos que impiden o atentan contra el derecho a la afiliación del sistema de seguridad social, adicional a ello, la entidad siempre le garantizó a la demandante el derecho de retracto que le asistía.

En el evento que se confirme, la ineficacia del traslado, solicita que se aplique la figura de la restitución mutua respecto de Colpensiones, en cuanto a que Porvenir administró los negocios de otro el manejo de los aportes de la afiliado, por lo que, la AFP en su calidad de agentes oficiosos involuntarios, tienen el derecho que se le reembolsa la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traducen que solamente deberán estar obligadas a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad.

De otro lado señala que en cuanto a los gastos de administración, tampoco sería procedente la devolución en la medida que el régimen de ahorro individual se basa en una capitalización de los aportes pensionales, depositada en la cuenta de ahorro donde también se consignan los rendimientos que generan los aportes; del porcentaje del aporte de una parte se capitalizan la cuenta de ahorro individual, mientras que el remanente se destina cubrir la prima de Seguros invalidez y sobrevivientes, y los gastos de administración. Los gastos de administración que se encuentran asociados a las actividades propias del reconocimiento de las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuestos por Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 del CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; y (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Olga Beatriz Velásquez Sánchez se afilió a Cajanal desde el 14 de marzo de 1980 hasta el 23 de septiembre de 1985 (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, Pág. 29 a 33); posteriormente se vinculó al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de julio de 1996 hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad (Expediente electrónico, PDF01 demanda , Pág. 27 28); se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 04 de septiembre de 1996, siendo esta efectiva a partir del 1 de noviembre de la misma anualidad, (Expediente electrónico, PDF 10contestaciónProtección Pág. 25); posteriormente, se afilió a ING hoy Protección S.A el 22 de febrero de 2001, hasta la actualidad.(Expediente electrónico, PDF10 contestaciónProtección Pág. 25)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la gestora de la litis, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 04 de septiembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019).

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la promotora de la contienda se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la

sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**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**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la parte actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 04 de septiembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección, Porvenir y Colfondos (durante el tiempo de permanencia de la parte actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma engloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación, así mismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), tal y como lo dispuso con acierto el juzgador de instancia, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y

comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

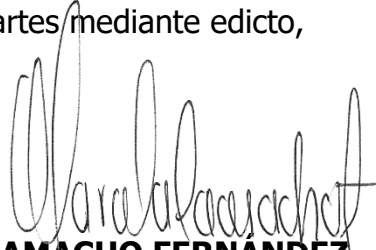
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 29 de enero de 2024, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y de Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

(Aclara voto)

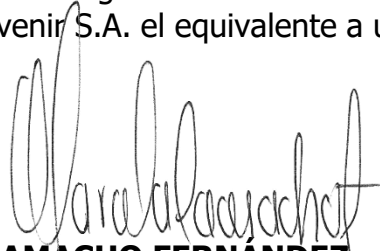


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de la demandada Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-004-2023-00069-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **a9dd08a610cc0101aeb9e7a9440d9e019b21b2388b42e7cdf4cd9c819287cf8c**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:05 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLENIS EDITH FONTALVO OSPINO
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-020-2023-00201-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Glenis Edith Fontalvo Ospino instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. con el fin de que se declare que esta última no la asesoró al momento de la afiliación; se declare que Porvenir S.A. omitió la obligación de asesorarla, con relación a las prestaciones a las cuales tenía derecho y de la posibilidad de retornar al ISS hoy Colpensiones; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., el traslado a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y proceda a activarla en el sistema; se condene el lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS hoy Colpensiones, cotizando allí 20.20 semanas; se trasladó del ISS a Protección S.A. en 1995 sin conocimiento de las implicaciones que ello acarrearía y sin recibir información completa sobre las ventajas y desventajas del cambio; el 20 de mayo de 1998 se trasladó de Protección S.A. a Porvenir S.A. por motivos laborales, sin que tampoco recibiera asesoría completa sobre el régimen de ahorro individual y tampoco se le indicó la posibilidad de retornar al régimen de prima media; tampoco se le informó sobre el valor de la pensión en Colpensiones, dado que a los 57 años, recibiría una mesada de \$2.940.000 en Porvenir S.A., mientras que en Colpensiones, esta sería de \$8.910.187; refiere que la falta de información le impidió tomar una decisión informada sobre su futuro pensional; solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, para esta fue rechazada ante la imposibilidad jurídica contenida en el artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003). (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos, pág. 7 a 25)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 03trámitedenotificación); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP,

cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que nos habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, Aplicación del precedente establecido en la sentencia 373 del 2021, El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestaciónColpensiones, pág. 4 a 33).

3.2. AFP Protección S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que a la parte demandante se le brindó una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual (RAIS) resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable al depender del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizándose comparativos generales entre uno y otro régimen. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior y la genérica. (Expediente electrónico, PDF06 ContestaciónProteccion Pág. 4 a 26).

3.3. Porvenir S.A. Presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que, el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es completamente válido, ya que el mismo estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, acerca de cada uno de los regímenes pensionales, por ende, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, sino por el contrario, se evidencia que la demandante se encontraba conforme con los servicios y beneficios brindados por el régimen privado, por cuanto, en ningún momento manifestó inconformidad alguna con el sistema. Como excepciones de fondo propone las que denominó como, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o eficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción. (Expediente electrónico, PDF07 ContestacionPorvenirPág. 3 a 27).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de febrero de 2024 en la que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a la AFP Protección el 12 de junio de 1995 y su traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones como actual y única entidad administradora del RPM; ordenó a la AFP Porvenir S.A a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; gravó en costas a la demandadas.

El a quo fundamentó su decisión en que, el marco normativo aplicable al caso bajo estudio, se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1.604 del Código Civil, así como el precedente establecido por la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada o transgresión del deber de información, razón por la cual le correspondía a Protección S.A., demostrar que cumplió el inexcusable deber de brindar a la demandante información, completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculada; luego de verificar los medios de prueba allegados, no fue posible por parte de esa sede judicial, tener conocimiento si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado, completo, si en él se presentaron o no maniobras o argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño a la demandante, toda vez que, ni siquiera se han señalado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que el fondo demandado ni siquiera allegó medio de prueba en este sentido, circunstancias que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones. Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado, se abstuvo de ordenar la devolución de los gastos de administración y sumas de los seguros previsionales, porque dichos rubros son de recaudo legal por parte de las administradoras y se causan en el transcurso de la afiliación. En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que el derecho a la pensión es imprescriptible, en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

5. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones interpuso recurso de apelación, presentando frente a lo decido y para ello, expresó que no es posible realizar el traslado de régimen de la accionante, en la medida que ella se encontraba inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, como quiera que se encuentra a menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión, sumado al hecho que la vinculación con el fondo privado fue libre, expreso, por ello, esta debe mantenerse incólume.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta a su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas

están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; y (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Glenis Edith Fontalvo Ospino, se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de febrero de 1995 hasta el 30 de abril de 1996 (Expediente electrónico, PDF08 expedienteAdministrativo, pág 224-227; el 12 de junio de 1995 se trasladó a la AFP Protección S.A.; (Expediente electrónico, PDF07 ContestacionProteccion, Pág. 78-79) por último, el 20 de mayo de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., hasta la actualidad. (Expediente electrónico, PDF07 ContestacionProteccion, Pág. 78-79)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 12 de junio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación

a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***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***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Protección S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 12 de junio de 1995, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya

permanecido por más de 20 años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que ella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la convocante a juicio de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen

de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de los **gastos de administración, el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje para constituir los Seguros Previsionales** habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Se ordenará que tales conceptos, así como los ordenados por el A quo al momento de la devolución se realicen debidamente indexados. Y se adicionará que, al cumplirse esta orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, junto con una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde (CSJ SL2877-2020).

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Además se debe precisar que, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información,

se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la accionante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia, se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida 20 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la siguiente disposición: **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las sumas descontadas por conceptos de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, debidamente indexados. Al cumplir la orden, los conceptos trasladados deben ser desglosados con sus respectivos valores, proporcionando una explicación detallada de los ciclos, el IBC, los aportes y cualquier otra información relevante que los respalde.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado
(Aclara Voto)

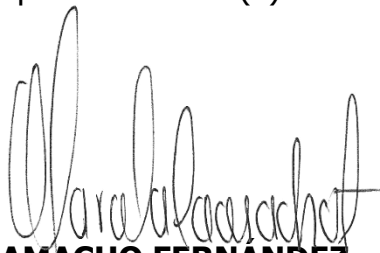


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.300.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

ACLARACION DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL de Rad. 110013105-020-2023-00201-01.
MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

De forma respetuosa presentó aclaración de voto, si bien el artículo 69 del CPTSS es norma especial que hace procedente que la sentencia de primera instancia no quede ejecutoriada, pese no haberse presentado el recurso de apelación o que para ciertas entidades, aún bajo el recurso de apelación deba surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, por lo que la remisión en estos casos del artículo 145 del CPTSS al 365 del CGP no es automática ni de analogía suficiente, tampoco para las entidades públicas indicadas en el art. 69 del CPTSS (caso en que la providencia CSJ STL6990-2022 considera no irrazonable dejar de imponer costas en segunda instancia).

De allí que al no observarse expensas en la segunda instancia, corresponde en todo caso al magistrado o magistrada sustanciadora fijar las agencias en derecho, que en sí es el monto pecuniario que pueda integrar estas, dado también el criterio objetivo-valorativo para la imposición o no de costas (que se concluye del numeral 8º del art. 365 del CGP), que sin expensas observables en el trámite a cargo del superior funcional, así como la no regulación específica en costas en segunda instancia cuando se trata de la incidencia del artículo 69 del CPTSS, asiste relevancia en la providencia del criterio que el magistrado o magistrada sustanciadora al respecto exprese, se itera sobre la causación o no de costas, que sin expensas, conduce a la fijación de agencias en derecho que en su competencia le corresponden, las que incluso se itera con incidencia del artículo 69 del CPTSS, puedan ser fijadas en montos diferentes al mínimo, por no especificidad del Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J. en la remisión y constructo de analogía al CGP y en general la segunda instancia, para casos en que se conoce o se habría conocido en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por otra parte, sin que en la comprensión del seguimiento al precedente constitucional se desatienda los artículos 230, 234 y 235 de la Constitución Política, conforme lo indicado en sentencia CC SU-061 de 2023 en donde precisa en su motivación (bajo numerales 58 y 59) la especial fuerza del precedente de la CSJ.

En esos términos dejo rendido mi aclaración de voto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **caeeeb34e6cec105f959d304f05734b1abf2219c78ae29b9a781122954c9fde0**

Documento generado en 22/03/2024 04:59:12 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARÍA PIEDAD SARMIENTO LEÓN*
DEMANDADO: *PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-030-2022-00281-01*
TEMA: *RETROACTIVO PENSIÓN DE INVALIDEZ – REVOKA*

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora María Piedad Sarmiento León a través de mandatario judicial instauró demanda laboral en contra de Porvenir S.A. con el fin que se declare que tiene derecho al pago de su pensión de invalidez a partir del día 7 de octubre de 2010, fecha de estructuración de invalidez establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; se declare que este derecho se hizo exigible solamente con la ejecutoria del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta regional de Invalidez de fecha 2 de junio de 2017; se declare que para la fecha de reconocimiento de la pensión de invalidez, esto es el 12 de abril de 2019, no había operado el fenómeno jurídico de la prescripción; se declare que tiene derecho al pago de las mesadas causadas entre el 7 de octubre de 2010 y el 12 de abril de 2019; se declare que el valor de la mesada pensional aplicable para el año 2010, corresponde a la suma de \$3'529.275; se declare que el 9 de mayo de 2019, fue interrumpida la prescripción; en consecuencia se condene a la demandada al pago de las mesadas pensionales causadas entre el 7 de octubre de 2010 al 5 de febrero de 2016, debidamente indexadas y previo descuento del valor del aporte al sistema de salud, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 2 de junio de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez profirió dictamen en donde se estableció la pérdida de capacidad laboral, del 54,45%, de origen común y con fecha de estructuración 7 de octubre de 2010, experticia que quedó ejecutoriada el 5 de diciembre de 2018; al encontrarse afiliada a Porvenir S.A., solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez el día 6 de febrero de 2019, la que le fue reconocida mediante escrito 0200001156578000 del 12 de abril de 2019; el 26 de febrero de la misma anualidad se pagó un retroactivo pensional por la suma de \$138'983.517, sin que se le notificara el reconocimiento de la prestación, ni los fundamentos de causación y liquidación de la misma; presentó solicitudes el 28 de febrero y 15 de marzo de 2019, peticionando que se le informe si su pensión ha sido reconocida; Porvenir en respuesta reconoce una serie de errores relacionados con el proceso de reconocimiento de la pensión y suministra finalmente la información con base en la cual estableció el valor de la pensión, notificando formalmente el reconocimiento de la prestación por medio de oficio del 12 de abril de 2019, con radicado 0200001156578000; se estableció como fecha de causación de la pensión el día 7 de octubre de 2010, pese a ello, se estableció la prescripción de las mesadas pensionales

causadas entre esta fecha y el 5 de febrero de 2016, por encontrarse fuera de los últimos tres años anteriores a la fecha de reconocimiento de la pensión de invalidez; por retroactivo causado entre el 6 de febrero de 2016 al 12 de abril de 2019, le fue reconocida una suma de \$138'983.517; fue presentada reclamación por el pago de las mesadas retroactivas el 9 de marzo de 2019, solicitud que fue desestimada por Porvenir el 20 de mayo de 2019. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

2. Contestación de la demandada. Porvenir S.A. se opuso a todas las pretensiones de la accionante, argumentado que la decisión de la entidad de aplicar la prescripción sobre las mesadas pensionales entre octubre de 2010 y febrero de 2016, fue tomada con base en lo dispuesto en los artículos 151 del CPT y SS y 40 de la Ley 100 de 1993, por ello, se tiene que si bien la demandante en principio tendría derecho al pago retroactivo de mesadas pensionales desde el 7 de octubre de 2010, fecha de estructuración de su invalidez, al analizar la fecha de presentación de la reclamación pensional, esto es, el 5 de febrero de 2019, se evidencia que operó el fenómeno prescriptivo, en relación con las mesadas pensionales comprendidas entre el 7 de octubre de 2010 y el 4 de febrero de 2016, por cuanto entre la fecha de estructuración y la fecha en que se efectuó la reclamación transcurrieron más de tres años. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, compensación y prescripción. (Expediente electrónico, PDF

04ContestacionDemanda)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de febrero de 2024, en la que el fallador de primer grado absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, propuestas por Porvenir y gravó en costas a la demandada. (Expediente electrónico PDF 11Audencia21Febrero2024)

Para arribar a tal decisión, el A quo adujo que, no había sido objeto de discusión y se encontraba demostrado que la accionante nació el 8 de septiembre de 1964, por lo que contaba con 59 años de edad, que el 2 de julio de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emitió dictamen número 51747197-3090 en donde se asignó un PCL de 54.45% por diagnósticos de hipotiroidismo no especificado, entre otros, como enfermedades de origen común, con fecha de estructuración el 7 de octubre de 2017. A su vez, estableció que no fue controvertido que el 6 de febrero de 2019 la accionante reclamó pensión de invalidez, la que fue reconocida en la suma de \$4.957.958 para el año 2019, que corresponde al 54.35% del ingreso base de liquidación determinado en \$7.352.657.

Conforme lo establecido en los artículos 38, 39, 40, 41 y 69 de la Ley 100 de 1993, la accionante acreditó una pérdida de la capacidad laboral del 54.45% con fecha de estructuración el 7 de octubre de 2010, conforme el dictamen aludido anteriormente y al no haber sido recurrido quedó ejecutoriado el 20 de julio del 2017, siendo hasta el 6 de febrero de 2019 que fue reclamado el derecho por la afiliada, petición que fue atendida el 12 de abril de 2019, en esa medida se interrumpió la prescripción de las mesadas, como quiera que la demanda fue interpuesta el 22 de julio de 2022, por ello, no operó el fenómeno de la prescripción; a pesar de lo anterior, consideró que, como fue reconocida la prestación desde el 7 de octubre de 2010, pero Porvenir aplicó la prescripción de las mesadas con anterioridad al 6 de febrero de 2016, es decir, tomando como interrupción el término trienal desde el 6 de febrero de 2019, sin tener en cuenta que la exigibilidad de la prestación se configuró el 20 de junio de 2017, por ello, señalo que, en garantía de los derechos adquirido se abstenía de modificar los términos en los que fue reconocida la pensión de invalidez.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la parte demandante formuló recurso de apelación argumentando que, resulta desacertada la decisión emitida, en la medida que se desconoció el principio de la necesidad de la prueba y se apartó del precedente de la CSJ, en las que en forma reiterada esta corporación ha indicado que desde el momento en que la autoridad competente emite una calificación y aquella alcanza firmeza existe no solo la posibilidad de reclamar el derecho en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino también, contabilizar el termino trienal para efectos de la prescripción, pues no resulta lógico que si el derecho pensional no nace a la vida jurídica, se pueda llegar a determinar la prescripción, como lo hizo Porvenir.

En el caso particular, el derecho surge 2 de julio de 2017, cuando quedó en firme y ejecutoriada el dictamen, a través de la cuales se estableció la pérdida de capacidad laboral de la accionante en un porcentaje del 54.45%, si bien, la fecha de estructuración fue anterior a esta data, esto es el 7 de octubre de 2010, no puede entenderse que esta es la fecha en la que la demandante debió radicar su reclamación tendiente a obtener su pensión cuando no siquiera se sabía si se contaba con el derecho o no, más aún cuando no se contaba con un proceso de calificación, por lo tanto, no resulta comprensible que el fondo de pensiones y el juez así lo haya entendido, porque esta interpretación atenta contra las reglas de la lógica.

Con la decisión emitida no se tuvo en cuenta la fecha en la que quedó en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral, desconociendo que la CSJ ha indicado no se debe tomar la fecha de estructuración de invalidez para contar el termino trienal ni mucho menos se hace exigible para solicitar el derecho a la pensión, sino a partir de la ejecutoria de la decisión de la autoridad competente, pues es allí en donde se consolida la invalidez, de acuerdo con lo anterior, solicita que se revoque en su integralidad la sentencia apelada y se acceden a las suplicas de la demanda.

5. Alegatos de conclusión. La demandada presentó alegatos de conclusión y para ello, solicita que se revoque en su totalidad la sentencia apelada, en la medida que la fecha de exigibilidad del derecho pensional por invalidez de la demandante corresponde a la de ejecutoria del dictamen No 51747197-3090, a través del cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó la PCL de la señora María Piedad Sarmiento en un 54.45%, esto es el 2 de junio de 2017 y no a la fecha de estructuración 7 de octubre de 2010.

Por su parte, la convocada a juicio solicitó se confirme la sentencia apelada, en cuanto absolvió a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: (i) ¿Erró el juzgador de instancia al establecer que a la parte actora no le asistía derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas entre el 7 de octubre de 2010 al 5 de febrero de 2016?, (ii) en caso positivo, ¿en tratándose de retroactivos de pensiones de invalidez el termino de prescripción debe ser contabilizado a partir de la fecha en que se emite el dictamen de pérdida de capacidad laboral?

3. Supuestos fácticos no controvertidos. Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que la demandante nació el 8 de septiembre de 1964 (expediente electrónico PDF 01Demanda, pág. 19); (ii) Que estuvo afiliado al fondo de pensiones Porvenir, desde el 10 de febrero de 1999 (expediente electrónico, PDF 04ContestacionDemanda, pág. 42 a 55); (iii) Que mediante dictamen número 51747197-3090 del 2 de junio de 2017, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, se le determinó a la señora María Piedad Sarmiento una pérdida de capacidad laboral del 55.45% estructurada a partir del 7 de octubre de 2010 y determinada como de origen común (expediente electrónico PDF 01Demanda, pág. 57 a 62); (iv) mediante misiva del 12 de abril de 2019 Porvenir le comunicó a la afiliada que había sido aprobada la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, estableciéndose un ingreso base de liquidación de \$7.352.657 para el año 2019, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 48% en razón de 601 semanas cotizadas, se tenía como primera mesada pensional la suma de \$4.957.958, en consecuencia, fue reconocido un retroactivo de \$138.983.517, correspondiente al periodo comprendido entre febrero de 2016 a febrero de 2019. (expediente electrónico PDF 01Demanda, pág. 71 a 79, PDF 04ContestacionDemanda, pág. 58 a 64)

4. Retroactivo pensional y prescripción. Con la finalidad de desatar los problemas jurídicos planteados, se debe determinar el momento a partir del cual se causa el derecho del disfrute la pensión de invalidez. Es así como el inciso final del artículo 40 de la ley 100 de 1993, dispone que la pensión de invalidez se reconocerá retroactivamente desde el momento en que se produjo tal estado, haciendo referencia a la invalidez. En el caso de autos, este momento sería el 7 de octubre de 2010, fecha en la que se determinó la estructuración de la invalidez según el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, fechado el 2 de junio de 2017. Este aspecto no está sujeto a controversia.

Por consiguiente, el juzgador de primera instancia, aunque no consideró que se configurara la excepción de prescripción, absolvió a la convocada a juicio utilizando argumentos poco entendibles y sin precisar la fecha desde la cual debía comenzar a contarse el plazo de tres años establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social. Estas críticas son precisamente las que cimientan la apelación de la parte actora, ya que considera que el plazo prescriptivo debería comenzar a contarse desde la fecha en que el dictamen de pérdida de capacidad laboral adquirió firmeza, y no desde la fecha de estructuración.

A fin de establecer si Porvenir aplicó o no en debida forma la prescripción de las mesadas pensionales, se debe traer a colación lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL4299-2022, que reiteran lo expuesto en las providencias CSJ SL 5703 2015, CSJ SL, del 17 de oct. de 2008, rad. 28821, CSJ SL, del 6 de jul. de 2011, rad. 39867, CSJ SL, del 3 de ago. de 2010, rad. 36131, en donde frente a un asunto de similares contornos manifestó:

"(...) el hecho dañoso que ocasiona la pérdida de la capacidad del afiliado se fije de forma retroactiva y no concurrente con el momento de la emisión del dictamen de calificación, ello no significa que la exigibilidad de la prestación pensional naciese desde la estructuración del estado de invalidez, sino a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad calificadora, que determina que el padecimiento adquirió el carácter de un hecho determinado, cierto y exigible, momento a partir del cual sí produciría efectos jurídicos en lo que a las prestaciones se refiere".

(Subraya fuera de texto)

Delimitado así el aspecto normativo, sustancial y jurisprudencial, los cuales deben ser aplicados al caso en concreto, es imprescindible establecer la fecha en la que adquirió firmeza el dictamen que otorgó el derecho a la gestora de la litis a la pensión de invalidez. Con este propósito, se observa que se adosó al expediente una constancia de ejecutoria

fecha el 5 de diciembre de 2018, en la cual se indica que no se interpusieron recursos de reposición y/o apelación contra la decisión emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.5.1.43 del Decreto 1072 de 2015 (expediente electrónico PDF 01Demanda, pág. 63). Sin embargo, esta documentación no proporciona la fecha precisa en la que el dictamen No. 51747197 quedó ejecutoriado, sumado a que tampoco se aportó el acta de notificación personal o por aviso. Por consiguiente, ante la imposibilidad de determinar con certeza la fecha exacta de la ejecutoria, se tomará como referencia para el cómputo del término de prescripción el 2 de junio de 2017, fecha en la que se emitió la valoración correspondiente.

Se tiene entonces que la señora María Piedad Sarmiento León presentó su reclamación ante la demandada Porvenir S.A. el 6 de febrero de 2019 (expediente electrónico PDF 01Demanda, páginas 64 a 67 y en el PDF 04ContestacionDemanda, páginas 56 y 57). Esta reclamación fue resuelta mediante comunicación fechada el 12 de abril de 2019, bajo el número de radicación 0200001156578000 (expediente electrónico PDF 04ContestacionDemanda, páginas 58 a 60). Por lo tanto, es evidente que, a partir de esta última data, tenía un plazo de tres (3) años para acudir a la jurisdicción.

No obstante, se debe tener en cuenta que la demanda fue presentada el 22 de julio de 2022 (expediente electrónico PDF 02Secuencia12226), lo que inicialmente sugeriría que el libelo inaugural fue radicado después de expirar el término trienal. Sin embargo, es importante destacar que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, suspendió los términos judiciales desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio del mismo año.

En consecuencia, el plazo para acudir a la jurisdicción se extendió a favor del demandante por el tiempo que duró la suspensión, es decir, tres (3) meses y catorce (14) días. De este modo, el plazo para interponer la demanda se reanudó a partir del 01 de julio de 2020 y se amplió hasta el 26 de julio de 2022.

Lo anterior tiene estribo en la sentencia STL14158-2022, en la que estableció:

"De lo anterior resulta fácil concluir que asiste razón al accionante al endilgarle al Tribunal el incurrir en vía de hecho por defecto sustantivo, al inaplicar la artículo 1º del Decreto 564 de 2020, publicado en el Diario Oficial nº 51.286 de 15 de abril de 2020, en el que claramente se estableció la suspensión de términos de prescripción de cualquier norma sustancial -incluyendo el artículo 489 del CST- o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, los cuales se suspendían «desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales», los cuales como ya se mencionó se le levantaron a partir del 1 de julio de 2020".

En relación con la figura de la suspensión de la prescripción, es oportuno traer a colación lo establecido en la sentencia SC6575-2015, en la que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de manera doctrinaria explica lo siguiente:

"La suspensión de la prescripción implica un compás de espera y no determina que el tiempo transcurrido antes de su ocurrencia quede borrado, pues se tendrá en cuenta una vez cese aquella, para efectos de su consolidación (inciso 1º del artículo 2530 del Código Civil). Lo que no ocurre con la interrupción, pues una vez interrumpida o renunciada, comenzará a contarse nuevamente el término respectivo (último inciso del artículo 2536 del Código Civil)

La jurisprudencia y la doctrina han justificado la suspensión de la prescripción en la protección que por justicia debe brindarse a quienes no pueden hacer valer sus derechos. A este respecto, estimó la Corte, hace más de una centuria, que siendo esta figura "un beneficio que la ley concede a las personas en razón de su estado o condición, es por su naturaleza inherente a la persona misma y no puede extenderse en provecho de otra" (GJ XXII, n° 1095, pág. 37, sentencia del 19 de octubre de 1912)".

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que es el mismo Decreto 564 de 2020, que establece que *"El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura"*, lo que permite colegir en su sentido literal (artículo 27 y 28 del Código Civil) que el término transcurrido entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020 no puede contabilizarse en perjuicio de la parte demandante, pues en aquel lapso se suspendieron los términos de prescripción no solo para interponer la acción, sino también para *"ejercer derechos"*, esto es, la presentación de la demanda.

En este contexto, dado que la demanda fue presentada el 22 de julio de 2022, es decir, dentro del plazo trienal contado desde la fecha de emisión del dictamen y ante la falta de acreditación de la firmeza del mismo, resulta evidente que no existe prescripción alguna respecto a las mesadas pensionales. Es importante recalcar que desde su ejecutoria se abre la *"posibilidad no solo de reclamar el derecho pensional, en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino de contabilizar el término trienal encaminado a la consolidación del efecto extintivo de prescripción, pues no es lógico, pese a lo indicado por el recurrente, que si el derecho pensional no ha nacido a la vida jurídica, se alegue su declive por prescripción"*, conforme se ilustró en la sentencia CSJ SL1562-2019. Por tanto, se hace necesario revocar la sentencia apelada.

De acuerdo con la misiva del 29 de marzo de 2019 (expediente electrónico PDF 01Demanda, pág. 73 a 79), el retroactivo cancelado por Porvenir a la señora Sarmiento, por un total de \$138,983,517, comprende las mesadas correspondientes al período del 6 de febrero de 2016 al 28 de febrero de 2019. Por lo tanto, según el análisis previo, es evidente que la señora Sarmiento León tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las mesadas pensionales desde la fecha en que se estructuró su invalidez, es decir, a partir del 7 de octubre de 2010 hasta el 5 de febrero de 2016, ya que a partir del 6 de ese mismo mes y año comenzó a recibirse el pago de la prestación por invalidez.

Como se mencionó anteriormente, en la comunicación fechada el 12 de abril de 2019, se estableció una mesada pensional para este año por un total de \$4.957.958. Por lo tanto, este monto debe deflactarse hasta el año 2010, para calcular el valor del retroactivo. Por consiguiente, los siguientes son los valores correspondientes:

VALOR MESADAS		
Año	IPC	Mesada
2010	3,17	\$ 3.529.274,84
2011	3,73	\$ 3.641.152,86
2012	2,44	\$ 3.776.967,86
2013	1,94	\$ 3.869.125,87
2014	3,66	\$ 3.944.186,92
2015	6,77	\$ 4.088.544,16
2016	5,75	\$ 4.365.338,60
2017	4,09	\$ 4.616.345,57
2018	3,18	\$ 4.805.154,10

2019	3,8	\$ 4.957.958,00

Una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$450.289.990,74** correspondiente a las mesadas causadas entre el 7 de octubre de 2010 y hasta el 5 de febrero de 2016. Resulta imperante resaltar que a la actora le asiste derecho al pago de trece mesadas pensionales al año, en la medida que la prestación fue causada con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 001 del 2005.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor mesada	# mesadas	Total retroactivo
2010	3,17	\$ 3.529.274,84	4	\$ 14.117.099,38
2011	3,73	\$ 3.641.152,86	13	\$ 47.334.987,14
2012	2,44	\$ 3.776.967,86	13	\$ 49.100.582,16
2013	1,94	\$ 3.869.125,87	13	\$ 50.298.636,36
2014	3,66	\$ 3.944.186,92	13	\$ 51.274.429,91
2015	6,77	\$ 4.088.544,16	13	\$ 53.151.074,04
2016	5,75	\$ 4.365.338,60	13	\$ 56.749.401,76
2017	4,09	\$ 4.616.345,57	13	\$ 60.012.492,36
2018	3,18	\$ 4.805.154,10	13	\$ 62.467.003,30
2019	3,8	\$ 4.957.958,00	1,17	\$ 5.784.284,33
TOTAL				\$ 450.289.990,74

Se precisa en los que respecta a la mesada del mes de octubre de 2010, que se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (sentencia CSJ SL1011-201 reiterada en la SL4464-2024 y SL4331-2022).

Se autoriza igualmente a Colpensiones que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

5. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Se examina la solicitud referente al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios debido a la demora injustificada en el reconocimiento y cancelación de las mesadas pensionales. En este sentido, el fundamento normativo de dicha pretensión se encuentra en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que establece que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad respectiva reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación principal, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento del pago.

La doctrina constitucional, replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela unificadas, como la SU-230 de 2015y la SU-065 de 2018, sostiene que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan automáticamente por la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en virtud del artículo 53 de la Constitución. Además, indica que, esta normativa es aplicable a todo tipo de pensiones reconocidas según mandato legal, convencional o particular, incluso si el derecho fue reconocido con base en la Ley 100 de 1993 o un régimen anterior.

Es relevante destacar que, aunque la Corte Suprema de Justicia en la providencia SL1681-2020 afirmó que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todas las pensiones legales, lo limitó a las reconocidas con posterioridad a la entrada

en vigencia del sistema general de pensiones. Por lo tanto, esta Sala se adhiere al pronunciamiento expresado en la aclaración de voto del Honorable Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, quien indica que los intereses moratorios deben aplicarse a todas las pensiones, independientemente de la fecha de causación del derecho.

En resumen, en apego al precedente constitucional y a la fuerza vinculante derivada de las sentencias de la Corte Constitucional, esta Sala adopta plenamente el criterio establecido en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018. Esta postura sostiene, como se mencionó, que los intereses se aplican a todo tipo de pensiones, incluso si el derecho se causó antes de la Ley 100 de 1993. Esta posición debe ser acatada por la Corporación, ya que las decisiones de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi.

Es relevante subrayar que, de manera excepcional y específica, hay circunstancias en las que no procede la imposición de intereses moratorios. Este escenario se presenta, por ejemplo, cuando la denegación de la pensión está respaldada por normativas específicas o se basa en la aplicación rigurosa de la ley, como lo establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL787-2013). Esta excepción también se extiende a casos de pensiones de sobrevivientes, donde la negativa a reconocer la pensión reclamada se fundamenta en el incumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable, según lo confirmado en la sentencia SL14918-2016 (radicado 52073). Además, la falta de imposición de intereses moratorios es procedente *"cuando existan razones atendibles conforme al ordenamiento jurídico vigente en el caso decidido, o por la aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21). Y, también se aplica en situaciones de controversia entre los beneficiarios de la prestación económica, que conlleva a la suspensión del trámite de reconocimiento hasta que la jurisdicción ordinaria laboral tome una decisión (SL2609-2021).

Descendiendo al caso objeto de estudio, Porvenir rechazó el reclamo del retroactivo pensional argumentando la prescripción de las mesadas pensionales. Sin embargo, como se explicó previamente, la exigibilidad de la prestación pensional surge a partir de la firmeza del diagnóstico emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, no desde la fecha de estructuración. Por lo tanto, yergue palmaria la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a su causación, la Corte Suprema de Justicia ha establecido, entre otras, en sentencia del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826) que estos intereses se generan a partir del plazo máximo de 4 meses contemplado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Respecto del hito inicial de procedencia de los mismos, es decir, si a los cuatro o seis meses, la misma corporación en sentencia SL3563-2021, ha afirmado que deben reconocerse al cumplirse los cuatro meses, de la siguiente manera:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de

las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)”.

En el sub examine, la solicitud se presentó el 6 de febrero de 2019 (expediente electrónico PDF 01Demanda, páginas 64 a 67 y PDF 04ContestacionDemanda, páginas 56 y 57), lo que significa que la entidad de seguridad social tenía hasta el 6 de junio de 2019 para reconocer el derecho reclamado. Al no hacerlo, surge el derecho a los intereses moratorios a partir de esa fecha.

Por ende, se debe condenar a Porvenir S.A. a aplicar, a partir de dicha data, sobre el valor adeudado, la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se realice el pago. No se liquidan en concreto los intereses en este momento, ya que esta operación al momento de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de intereses moratorios debe ser la vigente en el momento del pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6. Costas en esta instancia. En ambas instancias a cargo de la demandada, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., ante la prosperidad del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2024, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a pagar a favor de MARÍA PIEDAD SARMIENTO LEÓN la suma de **\$450.289.990,74** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 7 de octubre de 2010 y hasta el 5 de febrero de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la **PORVENIR S.A.** que reconozca y pague a la señora María Piedad Sarmiento León los intereses moratorios estipulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las sumas adeudadas generadas a partir del 6 de junio de 2019, aplicando la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo en que se realice el pago.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



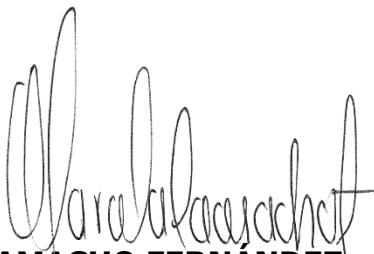
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **María Piedad Sarmiento León** y a cargo de **AFP Porvenir S.A.S.**, en la suma de \$7.800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÁNGELA ORTIZ VILLOTA
Demandadas: ARQUYSERCO S.A.S.
Radicación: 110013105-037-2021-00349-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – REVOCA

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ángela Ortiz Villota instauró demanda ordinaria contra Arquyserco S.A.S., con el propósito que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido con fecha de inicio el 15 de enero de 2019 y de terminación 31 de julio de 2019; se declare que dicho vínculo terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador; como consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa al pago del auxilio de cesantía, sus intereses, prima de servicios, vacaciones causados en vigencia del nexo contractual, así como el pago de los salarios correspondientes a todo el mes de julio de 2019; se condene al pago de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías; se condene a la demandada a pagar la indemnización de que trata el numeral 2º del literal a) del artículo 64 del CST; se condene al pago de la indexación de las anteriores suma de dinero; se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; se condene al pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad en Pensiones causadas durante la relación laboral, así como las condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, estuvo vinculada mediante contrato a término indefinido desde el 15 de enero al 31 de julio de 2019, con la empresa Arquyserco S.A.S., desempeñando el cargo de inspectora de interventoría y auxiliar SISO; refiere que estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo desde las 7:30 a.m. hasta las 6:00 p.m.; como remuneración inicial recibió la suma de \$850.000 mensuales y para el mes de junio de 2019 se incrementó a la suma de \$1.200.000, siendo éste su último salario; que la labor fue encomendada de manera personal, desempeñó sus labores, en forma continua e ininterrumpida, bajo subordinación y atendiendo las instrucciones y ordenes de su empleador; el 31 de julio de 2019 fue despedida sin justa causa por la empresa; dentro de sus funciones se encontraban las de asistir a las capacitaciones sobre alturas y todas las necesarias a fin de poder cumplir a cabalidad con su labor, así como la realización de interventoría técnica, administrativa, ambiental en las diferentes obras en las que fuera contratada la empresa, verificar y comprobar que se ofrecieran las mejores condiciones de calidad y estabilidad de acuerdo con las especificaciones técnicas y de planos, revisar y controlar todos los documentos entregados por el contratante y el contratista ejecutor de la obra, entre otras, utilizando para ellos

los elementos suministrados por la empresa; para el pago del salario se exigía la radicación de cuentas de cobro por concepto de orden de prestación de servicios desarrollada. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 6 a 16)

2. Contestación de la demanda. Mediante auto del 14 de abril de 2023 se dispuso a tener por no contestada la demanda por parte de Arquyserco S.A.S. (Expediente digital, PDF 14AutoOrdnaRemisionJuzgado)

3. Fallo de Primera Instancia. En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, emanado del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se dispuso el remitir el expediente al Juzgado 47 Laboral del Circuito de Bogotá, quien terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero de 2024, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a la demandante. (Expediente electrónico, archivo 22 y 23).

El a quo luego de dar lectura los artículos 22 y 23 del CST, consideró que la jurisprudencia de la CSJ ha establecido que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación del trabajador respecto del empleador, definida como un poder de sujeción jurídica inmaterial entre dos personas, que en el ámbito de la relación laboral se concreta en la aptitud o facultad del empleado de imponer o impartir órdenes e instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento. Estableció que, para que se configuren los elementos de un contrato de trabajo, es a la demandante a quien le incumbe la carga de la prueba, dado que la sola manifestación del nexo no es suficiente para demostrar la existencia de la relación laboral. Estimó que ninguna de las pruebas aportadas al plenario reflejaba que los servicios se prestarán de manera personal bajo la continua subordinación y con una remuneración como contraprestación del servicio, por el contrario, lo que se demostró de acuerdo con las certificaciones aportadas fue la existencia de un contrato de prestación de servicio. Respeto a la prueba testimonial recaudada refirió que esta no acredita la existencia de una relación laboral alegada por la demandante. Ante la inactividad probatoria desestimó la existencia del vínculo laboral.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la parte **demandante** formuló recurso de apelación, esgrimiendo que no se tuvieron en cuenta las pruebas obrantes en el expediente que acreditaban la existencia de los elementos del contrato de trabajo. Además, señaló que no se valoró adecuadamente la conducta de la empresa y su propietario durante el proceso, ya que ignoraron los requerimientos para el pago de salarios y prestaciones adeudadas, y no acudieron a las citaciones del Ministerio de Trabajo ni comparecieron ante el despacho judicial, a pesar de haber sido notificados por diversos medios.

También hizo referencia al artículo 65 del CST, argumentando que la demandada actuó de mala fe al negarse a cancelar las deudas laborales desde la terminación del contrato, sin hacer ningún intento por demostrar los pagos realizados o llegar a un acuerdo. Se destacó que la demanda se presentó dentro del plazo de 2 años posteriores a la terminación unilateral del contrato.

Finalmente, indicó que se interrumpió la prescripción con la comunicación enviada al empleador el 5 de noviembre de 2019, así como con la citación al Ministerio de Trabajo y otros requerimientos realizados en forma de derechos de petición que fueron remitidos al empleador.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la sentencia apelada, para que en su lugar, se acojan las suplicas de la demanda, teniendo en cuenta que se encuentran demostrados los elementos del contrato de trabajo contenidos en el artículo 23 del CST, en la medida que hay lugar a dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 ibidem.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿El A quo erró al no declarar la existencia de la deprecada relación laboral entre la parte actora con la sociedad Arquyserco S.A.S.?; (ii) ¿Se encuentran demostrados los elementos de un contrato de trabajo?; (iii) ¿Se encuentra desvirtuado el elemento de la subordinación por parte de la convocada a juicio?; en caso negativo (iv) ¿Hay lugar a acceder a las suplicas de la demanda?

3. Relación laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

Contrario a lo sostenido por el juzgador primigenio, aquel que reclame la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente su existencia, según lo estipulado en el artículo 24 de la norma sustancial. Por lo tanto, recae sobre la demandada la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, la accionada debe acreditar de manera contundente que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción mencionada, aspecto que no fue abordado por adecuadamente por el a quo.

En la búsqueda de la verdad real en relación con los contratos laborales, es crucial tener en cuenta el principio establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, que destaca la primacía de la realidad sobre las formas. Por lo tanto, lo que determina la naturaleza de un contrato no es su denominación formal, sino las circunstancias que rodean la prestación de los servicios convenidos. Si estas circunstancias evidencian una relación laboral de dependencia o subordinación, estaremos ante un contrato de trabajo típico. De lo contrario, si la actividad se desarrolló con independencia o autonomía, estaremos frente a un contrato de naturaleza distinta.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del

Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Delimitado así el aspecto normativo, sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, se tiene que la recurrente cuestiona la valoración probatoria realizada por el sentenciador, como quiera que, en su concepto, con las pruebas documentales se acredita la existencia del contrato de trabajo.

Sobre el particular, es imperativo destacar que el juez no tomó en consideración lo establecido en el artículo 24 del estatuto laboral, que se refiere a la prestación personal del servicio. Este elemento está claramente respaldado por la prueba documental adjunta al expediente (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 20, 55 a 57 y 60 a 61). En concreto, se presenta una *"certificación de prestación de servicios"* fechada el 4 de febrero de 2019, emitida por Germán Angulo Moreno en nombre de Arquyserco S.A.S., en la que se hace constar que la demandante labora *"como subcontratista desde el día 15 de Enero de 2019 hasta la fecha, encontrándose actualmente desempeñando el cargo de INSPECTOR DE INTERVENTORIA E OBRA Y AUXILIAR SISO con contrato de Orden de Prestación de Servicios (OPS)"*.

Además, se proporcionaron poderes especiales por parte del representante legal de la demandada a la demandante, para que en su nombre llevara a cabo las obras ante la Agrupación de Vivienda Stella PH y el Edificio Guadal Polo PH, así como para representar a la empresa en reuniones, presentación de informes y en general todas aquellas facultades inherentes a dicha labor. Estos poderes fueron conferidos el 22 de mayo de 2019.

Asimismo, se corrobora la prestación del servicio a favor de la sociedad mediante el acta número 2 de interventoría técnica, administrativa, jurídica y financiera, fechada el 22 de mayo de 2019, donde queda evidenciada la participación de Ángela Ortiz como interventora de Arquyserco S.A.

Bajo la misma línea argumental, la declaración de la testigo Gloria Esperanza Vásquez Valbuena confirma que la demandante prestó servicios en beneficio de la empresa Arquyserco S.A.S. Esta afirmación se respalda en el hecho de que el representante de la empresa, Germán Angulo Moreno, ofreció la ejecución de obras y reparaciones en la cubierta de la Agrupación de Vivienda Stella PH, de la cual ella era residente y miembro del consejo de administración. Por estas razones, la testigo tuvo conocimiento directo de que Ángela Ortiz Villota fue designada para coordinar y dirigir personalmente dichas labores en nombre de la empresa, las que fueron desarrolladas en el año de 2019.

Estas afirmaciones concuerdan con el contrato de prestación de servicios suscrito entre la unidad residencial y la demandada, así como con el acta de inicio de obra fechada el 19 de junio de 2019. Este documento deja claro que la demandada fungía como contratista, consultora e interventora en la obra *"cambio de cubiertas en teja tipo acústica - drywall aptos 501 -502-503-504-505-506"*, mientras que la demandante se desempeñaba como inspectora de interventoría (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 21 a 28 y 58 a 59).

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la señora Ortiz al servicio de la convocada a juicio, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST. Ahora corresponde a la

accionada y no a la actora, demostrar que la promotora del litigio desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, sin que para este efecto baste la mera afirmación que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, como se indicó en la certificación adjunta al paginario.

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe¹, darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste², se trata de un razonamiento por inducción³ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado. La configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁴, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Aunque que la aludida presunción *iuris tantum* **admite prueba en contrario**, lo que implica una inversión en la carga de la prueba, en el presente caso la pasiva no controvertió ni la prestación personal del servicio ni la ausencia de subordinación. Esto se enmarca en el postulado del "*onus probandi*" que establece que "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C). Según este principio, el demandado bajo el principio de "*reus, in excipiendo, fit actor*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (C-086-2016). Sin embargo, esta evidencia brilla por su ausencia, como se explicará a continuación.

La demandada no ejerció ninguna actividad probatoria, tendiente a desvirtuar la presunción que recaía en su contra, en la medida que se encontraba representado por curador ad litem, a pesar de todo lo anterior, el juez de primera instancia consideró probada la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, enfoque que va en contra de las reglas de la experiencia y el juicio prudente, especialmente cuando se pasan por alto múltiples indicios que, al ser evaluados en su conjunto, apuntan de manera clara y consistente hacia la existencia del hecho en cuestión: el contrato de trabajo celebrado y ejecutado entre las partes.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo para resaltar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*". Posteriormente, en la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la jurisprudencia nacional ha establecido en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de

¹ Julio Gonzáles Velásquez, Manual Práctico de la Prueba Civil, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

² Jairo Parra Quijano, Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

³ C731-2005

⁴ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En esa perspectiva se tienen como indicios:

- (i) El testimonio de Gloria Esperanza Vásquez Valbuena indica que Ángela Ortiz Villota, en su calidad de trabajadora de la firma Arquyserco S.A.S., estaba sujeta al *control de la empresa*. Vásquez Valbuena, tanto en su rol como consejera de la Agrupación de Vivienda Stella PH como residente de uno de los apartamentos afectados por la obra contratada, testificó que Ortiz Villota cumplía un horario laboral de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y medio día los sábados. Además, durante su labor como residente de obra, dirigía las actividades en la cubierta, impartía órdenes y supervisaba a los operarios, todas estas funciones en favor de la empresa demandada.
- (ii) El trabajo se ejecutó en el *lugar definido por el beneficiario del servicio*, es decir, en el conjunto residencial Agrupación de Vivienda Stella PH, exclusivamente a su favor. Esto sugiere que había un único beneficiario de los servicios, como se extrae del contrato de prestación de servicios entre la unidad residencial y Arquyserco S.A.S.
- (iii) La *disponibilidad* de la demandante para trabajar se evidencia en el testimonio de Gloria Esperanza Vásquez Valbuena, quien afirmó que Ortiz Villota debía laborar de lunes a sábado según los horarios mencionados anteriormente.
- (iv) La labor de Gloria Esperanza Vásquez Valbuena se hizo de forma *permanente*, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de inspectora de interventoría de obra y auxiliar SISO.
- (v) Para el desarrollo de la labor, Angela Ortiz Villota recibió un *carne* que la identificaba como inspectora de interventoría de obra y auxiliar SISO de Arquyserco, además de tener *poderes para actuar* en nombre y representación de la empresa ante varias unidades residenciales. También *participaba* en actas de interventoría y suscribía comunicados de prensa, presentando al equipo de trabajo de la empresa ante clientes y aliados empresariales (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 54, 56, 57, 60, 61, 68)
- (vi) No se avizora que el elemento *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de trabajo se haya quebrantado, ya que no se acordó entre las partes que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado. Según el testimonio de Gloria Vásquez, la actividad de interventoría debía realizarse de manera personal y directa, sin posibilidad de delegar esta gestión a un tercero.

Como se puede observar son varios los indicios contingentes que reposan en el plenario, que al ser analizados conjunta y sistemáticamente, dan cuenta que la actividad de la demandante se desplegó en forma subordinada. Así entonces, al ser los indicios medios probatorios conforme lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos previstos en el art. 240 del mismo estatuto, no cabe duda que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo celebrado a

término indefinido, máxime cuando la accionada no logró contraprobar ninguno de ellos, como tampoco desvirtuar la presunción legal otorgada a favor de la señora Ángela Ortiz Villota, pues ninguna probanza acredita que la demandante gozara de **autonomía e independencia** en los aspectos **técnicos, administrativos y directivos** de la labor ejecutada.

Por el contrario, la activa trajo el testimonio de Gloria Esperanza Vásquez Valbuena quien señaló que, como parte de las tareas contratadas, a Ángela Ortiz Villota le incumbía actuar como residente de obra. En ese rol, dirigía las labores de los operarios y, además, en su función como interventora, estaba encargada de verificar que las actividades realizadas por ellos se llevaran a cabo conforme a las instrucciones impartidas.

A lo anterior se suma que, las labores realizadas no requerían de un **conocimiento particular**, es decir, no estaban dirigidas a suplir una **necesidad específica y excepcional** del personal que se requería en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada; tampoco **científica y técnica ajena al giro ordinario sus negocios**, por el contrario, resulta inherente al componente misional de la sociedad, quien ciertamente se dedica a realizar actividades de *"arquitectura, ingeniería y otras actividades conexas de consultoría e interventoría técnica; la construcción de edificios residenciales y no residenciales"* entre muchas otras, (*indicio de relación laboral - CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020*), conforme se desprende del certificado de existencia y representación (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 62 a 65). Por manera que, el procurar que se dé por sentada la existencia de un modelo de externalización empresarial, es también intentar que se contraríen las reglas de la experiencia y sana crítica, que dan cuenta que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se presta con total independencia y autonomía, porque esto compromete el desarrollo funcional de la sociedad, su situación económica y contable.

Además, no se puede ignorar que, debido a la ausencia del representante legal de la demandada en la audiencia de conciliación programada para el 05 de octubre de 2023 y su omisión al no comparecer al interrogatorio de parte el 14 de febrero de 2024, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 del estatuto procesal laboral y 205 del GGP, también se debía presumir como verídicos los hechos planteados en la demanda relativos a la existencia del contrato de trabajo. Esta presunción fue establecida por el juez de primera instancia en las etapas procesales correspondientes, y no se ha presentado ningún argumento persuasivo que desvirtúe estas presunciones en contra de la demandada. Sin embargo, estas consideraciones fueron pasadas por alto y no recibieron ningún análisis por parte del a quo, como lo refirió la apelante.

De manera que, el caudal probatorio desdibuja el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante no ejecutó el servicio de manera autónoma, independiente, asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares y horarios asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social, por lo que se debe ser revocada la sentencia primigenia, para en su lugar, declarar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, con el consecuente pago de las acreencias laborales pedidas en el libelo demandatorio.

4. Extremos temporales de la relación laboral. Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

En relación con este aspecto, es importante precisar que, aunque se demuestre la prestación personal del servicio, misma que se encontró demostrada fue bajo el poder subordinante y dependiente del demandado, es necesario que se establezcan los otros elementos del contrato de trabajo, incluidos los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de carga de la prueba establecido en el artículo 167 del CGP, corresponde a la parte demandante no solo señalar el período en el que se desempeñó la actividad que sustenta sus reclamaciones, sino también aportar los elementos de prueba que respalden dicha circunstancia.

Es fundamental comprender que la simple comprobación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de la responsabilidad de probar los extremos temporales de inicio y finalización del contrato de trabajo, así como su jornada laboral. Estos aspectos son indispensables en los procesos en los que se solicita el reconocimiento de derechos sociales, ya que su demostración es crucial para calcular los beneficios correspondientes. Por lo tanto, es responsabilidad de la parte demandante satisfacer esta carga probatoria como requisito indispensable para que sus pretensiones tengan éxito.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo 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"

En este contexto, para determinar si la demandante ha demostrado que su actividad laboral se llevó a cabo de manera permanente e ininterrumpida en el interregno establecido en las pretensiones de la demanda, esto es, entre el 15 de enero de 2019 al 31 de julio de 2019, es necesario considerar lo siguiente:

Según la certificación fechada el 4 de febrero de 2019, la relación laboral inició el 15 de enero de 2019. Sin embargo, en cuanto a la fecha de finalización del vínculo laboral, no se dispone de evidencia que respalde este hecho. Nótese que la única testigo en el juicio afirmó con énfasis que la trabajadora prestó sus servicios durante el año 2019, no proporcionó una fecha precisa en la que este culminó.

No obstante, la Sala recuerda que el acta de inicio de obra en la Agrupación de Vivienda Stella PH, presentada como parte del conjunto probatorio, indica que esta obra comenzó el 19 de junio de 2019, proyecto en el que, según el testimonio de Gloria Esperanza Vásquez, la demandante trabajaba. Sin embargo, no se puede determinar hasta desempeñó sus labores allí. En vista de esto, se tomará dicha data como el término final del vínculo laboral.

Por lo tanto, al no demostrarse que no hubo interrupción en la prestación del servicio entre el 15 de enero y el 19 de junio de 2019, corresponde a esta Corporación "dictar una

condena minus petita, (...) es decir, reconocer lo que se encuentre probado, aunque sea parcialmente, en relación con lo planteado en las pretensiones de la demanda inicial" (SL381-2021).

En consecuencia, se declara que entre Ángela Ortiz Villota y Arquyserco S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de enero hasta el 19 de junio de 2019.

5. Salario. En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que la actora prestó sus servicios a favor de la enjuiciada, se debe tener en cuenta que, es la misma certificación de fecha 4 de febrero de 2019, la que define que lo devengado por la señora Ortiz al servicio de Arquyserco S.A.S. fue de \$850.000. Si bien, en la narración fáctica descrita en los hechos de la demanda, la accionante expone que en el mes de junio de esta misma anualidad, su retribución se incrementó en la suma de \$1.200.000, lo cierto es que, ninguno de los medios de prueba da cuenta de ese aumento. Las cuentas de cobro presentadas para este mes por el valor mencionado no tienen validez, ya que no hay evidencia de que hayan sido recibidas o aceptadas por Arquyserco S.A.S. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 29, 32 a 35).

En esa medida se tendrá como salario percibido por la trabajadora durante toda la relación laboral, la suma de \$850.000

6. Acreencias laborales adeudadas. Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la accionante, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

6.1. Salario. Reclama la accionante el pago del salario causado entre el 1 al 31 de julio de 2019. Sin embargo, según las consideraciones anteriores, se estableció la existencia de un contrato de trabajo desde el 15 de enero hasta el 19 de junio de 2019. Dado que no se ha demostrado la prestación del servicio para el mes de julio, no procede el reconocimiento de lo solicitado. Por lo tanto, se absolverá a Arquyserco S.A.S. de esta pretensión.

6.2. Auxilio de cesantía. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$363.611,11** por concepto de auxilio de cesantía entre el 15 de enero de 2019 al 19 de junio de 2019.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2019	\$ 850.000	\$ 0	\$ 850.000	154	\$ 363.611,11
Total Auxilio de cesantías					\$ 363.611,11

6.3. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$ 18.665,37** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2019	Terminación de la relación laboral	154	\$ 363.611,11	\$ 18.665,37
Intereses a las cesantías				\$ 18.665,37

6.4. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$ 363.611,11** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor prima
jun-19	\$ 850.000	\$ 0	\$ 850.000	154	\$ 363.611,11

Total Auxilio de cesantías	\$ 363.611,11

6.5. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$181.805,56** por su compensación en dinero.

Vacaciones				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
15-01-2019 al 19-06-2019	Terminación del Contrato	\$ 850.000,00	154	\$ 181.805,56
Total vacaciones				\$ 181.805,56

7. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado una indemnización moratoria.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de

forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

7.1. Liquidación indemnización moratoria. Para el caso en particular, se fulmina condena por este concepto. Es necesario considerar que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses finalizada la relación, según acta de reparto del 02 de junio de 2021, así, la llamada a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$28.333,33**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **19 de junio de 2019** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$20.400.000**; y en vista que el último salario devengado por la accionante, fue por valor superior al salario mínimo, deberá el empleador pagar a la promotora de la litis, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, a título de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 850.000	19/06/2019	18/06/2021	\$28.333,33	720	\$20.400.000

8. Sanción por no pago de intereses a las cesantías. Es importante destacar que según el numeral 3 del artículo 1º de la Ley 52 de 1975, en caso de que el empleador no cumpla con el pago de los intereses establecidos al trabajador, está obligado a abonar una indemnización adicional igual al monto de los intereses de las cesantías causados, en una única ocasión. Sin embargo, no se impondrá condena por este concepto en el presente caso, dado que en el momento del finiquito aún no se había excedido la fecha límite para el pago de los intereses. Además, teniendo en cuenta que el empleador ya fue condenado al pago de una indemnización según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por la omisión en el reconocimiento de la prestación, conceder este pedimento resultaría en una doble penalización por el mismo incumplimiento.

9. Indemnización por despido sin justa causa. Es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, corresponde al trabajador demostrar el despido. Por otro lado, al empleador le corresponde la carga de probar que la decisión de terminación se ajustó completamente a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto, y debe demostrar la ocurrencia de los hechos alegados como fundamentos de dicha determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Asimismo, es importante resaltar que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que da por terminado el contrato de trabajo debe comunicar a la otra parte, en el momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de dicha terminación. Esta comunicación no puede variarse posteriormente, y no es suficiente invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral. Es necesario especificar los hechos concretos que respaldan la determinación, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional, el propósito de esta norma es permitir que la otra parte conozca las razones detrás de la finalización unilateral de la relación laboral (C-594-97).

Conforme fue advertido líneas atrás, la gestora de la litis no cumplió con la carga probatoria correspondiente al no demostrar que la finalización del nexo laboral se dio por decisión unilateral de la convocada a juicio, al ser ello así, no sale adelante este pedimento, debiéndose imponer la absolución de Arquyserco S.A.S.

10. Aportes al subsistema de seguridad social en pensión. En el libelo introductor se pretendió específicamente por la demandante que se condene a la convocada a juicio que reconozca y pague los aportes al sistema de seguridad social en pensión durante el tiempo laborado.

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resultan procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante y la enjuiciada entre el 15 de enero de 2019 al 19 de junio de 2019, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aunado a que de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad de aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajador.

En este sentido, es importante destacar que la empresa Arquyserco S.A.S. no realizó las contribuciones de su trabajadora desde el inicio hasta la terminación de la relación laboral, es decir, desde el 15 de enero de 2019 hasta el 19 de junio de 2019. Por lo tanto, se ordenará a la demandada pagar el 100% de estas cotizaciones, previa realización de un cálculo actuarial y liquidación por parte del fondo de pensiones al que esté afiliada la demandante. Este cálculo deberá basarse en un Ingreso Base de Cotización (IBC) equivalente a \$850.000.

11. Indexación. Se rechazará la solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales debido a la concesión de la indemnización moratoria, ya que ambas son incompatibles, conforme se estableció en la sentencia SL2695-2019. Sin embargo, dado que la compensación por vacaciones objeto de condena no está incluida en la indemnización moratoria, se procederá a indexarla al momento de su pago debido a su devaluación. Para ello, se utilizará el Índice de Precios al Consumidor (IPC) correspondiente a junio de 2019 como base inicial y el IPC vigente al momento del pago como referencia final.

12. Costas en esta instancia. En ambas instancias a cargo de la demandada, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., ante la prosperidad del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2024, por el Juzgado Cuarenta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora **Ángela Ortiz Villota** y **Arquyserco S.A.S.**, entre el 15 de enero de 2019 al 19 de junio de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **Arquyserco S.A.S.**, a pagar a la señora **Mario Arturo González Mariño**, las siguientes sumas de dinero:

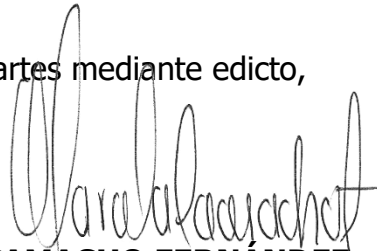
- \$363.611,11**, por concepto de auxilio de cesantía.
- \$18.665,37**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- \$363.611,11**, por concepto de prima de servicios.
- \$181.805,56**, por concepto de vacaciones, debidamente indexada.
- \$20.400.000** Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., causado desde el 19 de junio de 2019 y hasta el 18 de junio de 2021 y a partir del día siguientes intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique.

TERCERO: CONDENAR a **Arquyserco S.A.S.**, previo cálculo actuarial y liquidación que realice el fondo de pensiones a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión durante el 15 de enero de 2019 al 19 de junio de 2019, cuyo IBC para dicha data será el equivalente a \$850.000.

CUARTO: ABSOLVER a la **Arquyserco S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora **Ángela Ortiz Villota**.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **Arquyserco S.A.S.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **Ángela Ortiz Villota** y a cargo de **Arquyserco S.A.S.**, en la suma de \$4.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ MYRIAM BERNAL ARIAS
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 05-2020-00309-02
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - COMPAÑERA PERMANENTE

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo del dos mil veinticuatro (2024)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Myriam Bernal Arias instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y, consecuencia, se disponga a su favor el pago de la prestación junto con las mesadas pensionales causadas, indexación, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Ramiro Beltrán Gutiérrez contrajo matrimonio con la señora María Marlene Rodríguez de Gutiérrez, fruto de esa unión concibieron dos hijos, que en la actualidad son mayores de edad. Señaló que al causante le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones mediante Resolución núm. 005360 de julio 30 de 1992, con quien inició unión marital de hecho desde octubre de 2010, manteniendo reserva su relación dado al vínculo matrimonial que sostenía.

Explicó que la cónyuge falleció el 21 de noviembre de 2013, razón por la cual continuó con su unión marital de manera exclusiva y pública, misma que fue declarada mediante Escritura Pública No. 1032 de 6 de marzo de 2019; sin embargo, la fecha de inicio que se registró no concuerda con la realidad, puesto que el vínculo marital inició desde noviembre de 2010. Refirió que en la última etapa de vida del pensionado fue quien lo acompañó y cuidó hasta el día de su fallecimiento que se produjo el 30 de marzo de 2019, por lo que pidió ante la encartada el reconocimiento de la sustitución pensional el 23 de septiembre de 2019, misma que le fue negada. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, págs. 3 a 31)

2. Contestación de la demanda. En auto calendado del 24 de agosto de 2021 se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente electrónico, PDF 07Auto)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 04TramiteNotificación – pág. 3); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Ministerio Público. En su escrito de intervención refirió que dentro del proceso existe un documento público proveniente de la misma demandante en la que da cuenta que la convivencia con el causante fue menor a los 5 años requeridos para acceder al beneficio pensional. (Expediente digital, PDF 16IntervencionMinisterioPublico)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de noviembre de 2023, en la que el fallador absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la actora.

El problema jurídico a dilucidar consistía en determinar si la demandante tenía derecho a reclamar como compañera permanente la pensión de sobrevivientes que percibía Ramiro Beltrán Gutiérrez. Se estableció que el Beltrán Gutiérrez recibía una pensión de vejez otorgada por Colpensiones y que falleció el 30 de marzo de 2019, momento en que estaba vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Tras analizar las pruebas presentadas, determinó que no se demostró de manera suficiente la existencia de una convivencia real y efectiva entre la pareja. Se compartió la tesis del Ministerio Público y Colpensiones, quien argumentó la falta de elementos que evidenciaran una relación forjada en la ayuda mutua, afecto, apoyo económico, asistencia solidaria y acompañamiento espiritual, elementos necesarios para considerar una convivencia como pareja responsable y estable durante los últimos cinco años previos al fallecimiento del pensionado.

Estimó que existieron serias incongruencias y contradicciones en los medios de convicción aportados por la actora, lo que llevó al juez a concluir que no se demostró de manera continua la convivencia entre la demandante y el fallecido durante los cinco años anteriores a su muerte. En consecuencia, se decidió absolver a la pasiva de las pretensiones esbozadas en la demanda. (Expediente digital PDF. 17AudienciaArts77y80.mp4)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. En su escrito de alegaciones indicó que logró demostrar que tuvo una relación de unión marital de hecho con el causante en un tiempo superior a los 6 años. Aduce que fue quien cuido al pensionado, con quien formó una comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, unión que buscó el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado.

6.2. Demandada. Alegó en su favor aduciendo que la actora no tiene derecho a la pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el Art 13 de la ley 797 de 2003, dado que no demostró los cinco años de convivencia continua con anterioridad del fallecimiento del señor Beltrán Gutiérrez, por el contrario, evidenció serias inconsistencias y contradicciones en sus declaraciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Luz Myriam Bernal Arias, en calidad de compañera permanente del causante Ramiro Beltrán Gutiérrez,

reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿a partir de que data tiene derecho al pago del retroactivo pensional? Y ¿tiene derecho a la indexación?

3. Fallecimiento. No existe controversia en torno al fallecimiento de Ramiro Beltrán Gutiérrez, ocurrido el 30 de marzo de 2019. Este hecho fue aceptado por Colpensiones en la Resolución SUB286843 del 17 de octubre de 2019, por medio de la cual se negó la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante.

4. Normatividad aplicable. En materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que en este caso corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 30 de marzo de 2019, criterio expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia, como se establece en la sentencia SL701-2020.

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Ramiro Beltrán Gutiérrez fue pensionado por el Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, por medio de la Resolución núm. 005360 del 30 de julio de 1992. (Expediente digital, PDF 06ExpedienteAdministrativo, pág. 17)

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes – compañero permanente de pensionado. Acreditado que el fallecido dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, según el cual son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, entre otros, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstites, siempre y cuando a la fecha de fallecimiento del causante tengan 30 o más años de edad y acrediten la existencia de vida marital con éste por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. La carga de probar esta convivencia recae en los posibles beneficiarios, conforme lo establece la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicación No. 38213 del 28 de septiembre de 2010.

7.1. Calidad de compañera permanente. En tratándose de compañero(a) permanente, no es dable exigirle el requisito de convivencia de dos (2) años establecido en el Decreto 1889 de 1994. En su lugar, se debe recurrir a la noción constitucional de familia. En este sentido, es pertinente referirnos a la sentencia C-521 de 2007, la cual define el concepto de familia como: *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Asimismo, en sentencia SU 337 de 2017, se indicó: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

En el caso en concreto, de los actos administrativos expedidos por la demandada se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje de la discusión es el lapso de los últimos 5 años de convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se entrará a dilucidar más adelante.

7.2. Edad. En cuanto al primer requisito, no existe reparo alguno, ya que su fecha de nacimiento es el 5 de septiembre de 1968, como lo confirma la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 85). Por lo tanto, al momento del fallecimiento del señor Ramiro Beltrán Gutiérrez, contaba con 50 años, punto que es no objeto de debate.

7.3. Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, ya que cuando la señora Luz Myriam Bernal Arias se presentó en calidad de compañera permanente para reclamar la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, esta entidad, mediante la Resolución SUB 286842 del 17 de octubre de 2019, le negó el beneficio basándose en que, según la Escritura Pública No. 1032 del 6 de marzo de 2019, otorgada en la Notaría 68 del Círculo de Bogotá, se declaró *"la unión marital de hecho y la constitución de la sociedad patrimonial de hecho entre el señor GUTIERREZ BELTRAN RAMIRO y la señora BERNAL ARIAS LUZ MYRIAM, ya identificada, en donde se declaró que la unión marital desde el día 05 de enero de 2015. Lo anterior corroborado en las declaraciones extrajudicio de terceros y de la solicitante."*

Además, indicó la entidad pensional que:

"(...) en el escrito que allega, la señora LUZ MYRIAM BERNAL ARIAS en la parte de hechos y pruebas en el inciso tercero, menciona que ingresó a laborar como empleada doméstica desde el mes de febrero de 2010 en la casa del señor, RAMIRO GUTIÉRREZ BELTRÁN, ubicada en la Calle 105 NO 69 B -45 Barrio "La Floresta" de Bogotá, pero al confrontar esta información con la que se evidencia en su historia laboral, presenta diferencias, debido a que refleja relación laboral y pagos con el empleador ASEOMAT EU con NIT 900277020, por todo el año 2010 desde enero hasta el mes de diciembre. Por lo anterior, y conforme al contenido del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 se considera que: Al validar la información suministrada en las declaraciones bajo gravedad de juramento tanto en la primera solicitud como en la presente, se evidencia incongruencias, no existiendo claridad sobre la fecha de convivencia. Aunado lo anterior, debe negarse la sustitución pensional a la señora BERNAL ARIAS LUZ MYRIAM ya identificada, debido a que no se logró demostrar la convivencia con el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, tal como lo exige la norma en mención."

Es crucial destacar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, debe ser una convivencia **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, ya que de esta depende la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*. En este sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No. 32393 del 20 de mayo de 2008, referenciada en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en **todos los eventos** contemplados en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, tanto el cónyuge como la compañera o compañero permanente deben ser "miembros del grupo familiar". Esta condición especial fue ratificada por el máximo tribunal de la justicia laboral ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), donde se especifica que la detentan quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en

alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El criterio anterior permanece vigente en los casos en que la pensión de sobrevivientes sea solicitada por el compañero(a) permanente, pero no aplica de la misma manera para el(la) cónyuge separado(a) de hecho. En este último caso, la convivencia de los cinco años requeridos por la normativa puede cumplirse en cualquier tiempo, sin necesidad de que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento. Esto se debe a que la finalidad es proteger a aquellos que, desde el matrimonio, acompañaron al fallecido en su vida productiva y contribuyeron a la construcción de su beneficio pensional, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo ha establecido nuestra Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

En cuanto al periodo de convivencia requerido, en los casos en que el solicitante sea el compañero(a) permanente de la persona pensionada, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante. Este criterio lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL362-21, la cual reiteró lo expresado en la sentencia SL1399-18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatare en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la actora acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado, ocurrido el 30 de marzo de 2019.

La parte actora argumenta que la convivencia inició en el año 2010 y se mantuvo hasta el óbito del señor Ramiro Beltrán Gutiérrez. Para respaldar esta afirmación, se presenta la Escritura Pública No. 1032 del 6 de marzo de 2019 protocolizada en la Notaría 68 del Círculo de Bogotá, donde se declara la Unión Marital de Hecho desde el 15 de enero de 2015 hasta el 30 de marzo de 2019, fecha del fallecimiento del pensionado. Esta circunstancia también se reitera en una declaración extrajuicio del 9 de abril de 2019.

Sin embargo, con base en la evidencia presentada, la Sala de entrada observa que no se logra demostrar que la demandante cohabitara con el causante durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, pues tan solo se acredita un periodo de convivencia de 4 años, 2 meses y 15 días, el cual resulta insuficiente para los fines pretendidos. Por lo tanto, el juez de conocimiento no se equivocó al valorar esta prueba, ya que refleja lo que realmente se desprende de dicho medio de convicción.

La promotora del proceso sostiene que, a pesar de esta limitación en la prueba documental, logra demostrar el tiempo de convivencia mediante testimonios. Pese a ello, la Sala no puede basar su convencimiento únicamente en dicha probanza debido a las discrepancias en las declaraciones, sumado a que no tuvieron conocimiento directo sobre el inicio de la convivencia en el año 2010, veamos:

Se presenta el testimonio de Ramiro Gutiérrez, hijo del fallecido, quien relata que conoció a la señora Bernal cuando trabajaba como empleada doméstica en su casa, quien por días ayudaba a su progenitora María Marlene Rodríguez de Gutiérrez, después de haber sufrido un accidente. Relató que después del fallecimiento de su madre, la señora Bernal visitaba ocasionalmente al pensionado, pero solo tuvo conocimiento de la unión marital de *"a raíz de una querella que ella interpuso ante un juzgado en suba para intentar quedarse con los bienes de la casa de mis padres"*.

Se incorporó el testimonio de Disleim Consuelo Zarate Gamba, cuñada de la demandante, quien inicialmente menciona una convivencia en el año 2010 en el barrio Floresta, pero luego cambia su versión indicando que la convivencia ocurrió a finales de 2013 y principios de 2014. Admite que no visitaba regularmente el hogar de la pareja, sino solo en ocasiones de reuniones familiares. Cuando se le pone de presente su declaración extrajuicio en la cual señaló que la convivencia entre la pareja se inició desde 15 de enero de 2015, responde que *"no tenía la certeza de las fechas en ese momento"*.

Además, se arrió el testimonio de Emiliano Puerto, quien menciona una cercanía entre la pareja debido a que vivía frente a la casa de la demandante. Indica que ella residía en la casa de su madre hasta el año 2015 y que la veía ocasionalmente. Afirma que el fallecido se acercó a él en su calidad de abogado para recibir asesoramiento sobre la unión con la actora, ya que querían formalizar su relación sentimental. Adujo que, les brindó la asesoría y estipuló que la fecha inicial correspondió al año 2015, pero únicamente para dar cumplimiento al requisito de convivencia requerida para declarar la unión marital de hecho, esto es, dos años, en la medida que su unión como pareja inició en el año 2010.

Analizada en conjunto la prueba testimonial al amparo del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala observa la presencia de inconsistencias que disminuyen la credibilidad y la fuerza probatoria de las declaraciones. Nótese que, aunque los testigos afirman que la convivencia de la pareja comenzó en 2010 como compañeros permanentes y continuó hasta el fallecimiento del causante, las contradicciones en sus relatos, así como la discrepancia con la versión de la demandante y la evidencia documental presentada en el juicio, impiden establecer con certeza el momento en que comenzó esta vida en común y si perduró hasta la muerte.

Es importante destacar que los testigos no tuvieron conocimiento directo de si la convivencia comenzó en 2010, considerando que las visitas que realizaban a la pareja no eran frecuentes ni continuas, además de que la cónyuge del pensionado falleció en 2013. Esto sugiere que la relación se llevaba en secreto, lo cual, en opinión de la Sala, no respalda la afirmación de que la convivencia comenzara en esa fecha. Además, el hecho de haber visto ocasionalmente a la pareja no implica necesariamente que hayan convivido bajo el mismo techo de manera permanente y continua, desde la fecha pretendida en la demanda. Sin embargo, esta falta de prueba no niega la posibilidad de que existiera una convivencia efectiva, real y material, con la intención de mantener lazos familiares de ayuda mutua y socorro propio durante un lapso inferior al requerido.

En conclusión, aunque los testigos afirmaron que la convivencia comenzó en 2010, no tuvieron conocimiento directo de este hecho. Además, al confrontar sus declaraciones con

la evidencia documental presentada (declaración extrajuicio y Escritura Pública No. 1032 del 6 de marzo de 2019), se observa que estas discrepancias no son convincentes, por lo que no se puede aceptar sus testimonios como prueba para demostrar el requisito necesario para el reconocimiento de la prestación económica.

8. Conclusión. A la demandante no le corresponde el derecho a la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En consecuencia, se debe confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia.

9. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

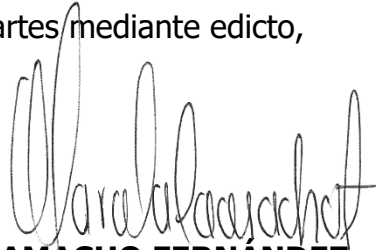
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

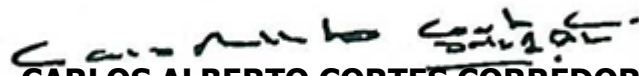
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada