



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 09-2019-00185-01

Bogotá D.C., julio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **EDILSON LONDOÑO SALAZAR**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A
ASUNTO: **CONSULTA PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de diciembre de 2021, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

El apoderado de la parte demandada (Colpensiones y Porvenir) presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 21 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Edilson Londoño Salazar** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada (fls.3 a 22 del expediente digitalizado) y subsanación de la demanda (fls.145 a 164 del expediente

digitalizado) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

Declarativas:

1. Que se declare la nulidad del traslado del señor EDILSON LONDOÑO SALAZAR, identificado con C.C. Nro. 10.226.718, por vicios del consentimiento o falta de consentimiento informado del afiliado, del régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
2. Se declare la inexistencia del contrato de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
3. Se declare la ineficacia de dicha vinculación y como consecuencia ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a aceptar su traslado al RPM de todos los aportes, rendimientos y bono pensional efectuados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado.
4. Se declare que el señor EDILSON LONDOÑO SALAZAR es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que tenía más de 40 años al 01 de abril de 1994 y más de 750 semanas cotizadas a la misma fecha, por tanto, podía retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, de acuerdo a lo previsto en la sentencia SU-062 de 2010, sin perder los beneficios transicionales.

Condenatorias:

1. Se condene a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al pago de los perjuicios causados al señor EDILSON LONDOÑO SALAZAR, como indemnización, desde el mes de noviembre de 2012, hasta el mes de noviembre de 2018 por valor de \$158.991.771 y que corresponden a la

diferencia entre la pensión reconocida por Porvenir S.A. por valor de \$4.390.032 al mes de noviembre de 2012 y la pensión que hubiese obtenido en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y que corresponde al valor de \$6.049.174 a la misma fecha (noviembre de 2012).

2. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor EDILSON LONDOÑO SALAZAR, a partir del mes de diciembre de 2018, de acuerdo al Decreto 758 de 1990, acuerdo 049 del mismo año, por valor de \$7.695.912.

3. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES (Fls.213 a 225 del expediente digitalizado), la AFP PORVENIR SA (Fls.326 a 350 del expediente digitalizado), de acuerdo al auto del 26 de julio de 2019 (fl.167 del expediente digital). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La demandada Porvenir SA instauró demanda de reconvención en su contestación (Fls.276 a 279 del expediente digitalizado), se tuvo por admitida la demanda de reconvención en Auto del 15 de diciembre de 2020.

El demandante contestó la demanda de reconvención (Fls.354 a 356 del expediente digitalizado). Se tuvo por contestada la demanda de reconvención en Auto del 23 de agosto de 2021 (fl.358 del expediente digitalizado).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO 09 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 09 de diciembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a Porvenir S.A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, señor Edilson Londoño Salazar; **DECLARÓ** probadas las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación y hecho de un tercero impetradas por Colpensiones; Igualmente, **DECLARÓ** probada

la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y prescripción elevada por Porvenir S.A; **ABSOLVIÓ** al demandante de la demanda de reconvención interpuesta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, fijó como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de Colpensiones; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

En atención a que la parte demandante, en audiencia del 9 de diciembre de 2021 manifestó acogerse al grado jurisdiccional de consulta y por así ordenarse en el art. 69 del CGP y SS procede el despacho a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por el (la) señor (a) **EDILSON LONDOÑO SALAZAR** el día 18 de diciembre de 1998; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM; 3. Si se incumplió el deber de información por parte de AFP al momento del traslado de régimen el 18 de diciembre de 1998 efectuado por el demandante.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 18 de diciembre de 1998 (fl.300 y 281 del expediente digitalizado).

Por otro lado, no hay asomo de duda que la AFP Porvenir SA le reconoció pensión de vejez anticipada al (la) demandante, señor(a) EDILSON LONDOÑO SALAZAR a partir del 03 de septiembre de 2012, y actualmente se encuentra bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$5.625.682, conforme la certificación expedida por la AFP Porvenir SA el 21 de enero de 2020.

En ese sentido, no debe dejarse de lado el status de pensionado(a) que adquirió el (la) demandante en el año 2012, ello obedece, como bien se ha expuesto en

sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Ahora, referente al alcance de la información suministrada a la parte actora para su traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual, pertinente es de anotar que el deber de información como obligación especial compete a las Administradoras de Fondos de Pensiones *«debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional»*, así lo tiene adoctrinado la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde la sentencia con Radicado **31989** del 9 de septiembre 2008, donde estableció unas obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

Igualmente, la sentencia con radicación 31314 del 09 de septiembre de 2008 el máximo Tribunal adoctrinó que se deberá invertir la carga de la prueba, toda vez que la actuación viciada de traslado, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen:

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

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

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen;** ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la*

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Ahora bien, en sentencia SL 12136 con radicación No 46292 del 3 de septiembre de 2014 indicó «(...) *no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica (...)»*. (Radicado 46292 de 03 de septiembre de 2014).

Por otro lado, en la sentencia en cita adoctrinó:

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, **es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición**, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*

En otro sentido, si bien en la sentencia **SL17595-2017** la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó que la nulidad de traslado procedía en casos que afectará la pérdida de régimen de transición, al respecto adoctrinó:

“(...) De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los

regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito (...)."

De lo anterior se precisa necesario traer a colación lo dicho recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos que presentan situaciones fácticas similares a las que aquí nos ocupan:

"En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:

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 (vuelta al statu quo ante), 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.

También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:

*Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarrear con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, **para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe**, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.*

Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las

mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, **esto no es posible (...)**.

(...) En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente.”

En otro giro, teniendo en cuenta que las entidades demandadas propusieron la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, la Sala entrará a su estudio bajo los anteriores supuestos fácticos.

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. En el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, no obstante, ya haberse reconocido la pensión desde el año 2012 en el RAIS, sin que el beneficiario hubiese procedido a la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión de contera el traslado efectuado inicialmente dentro del término prescriptivo, dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por **una sola vez** mediante el **respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho o que el mismo se haya hecho exigible**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del 03 de septiembre de 2012, fecha en que le reconoció pensión por vejez anticipada, y promovió demanda el 07 de marzo de 2019, concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

En tal sentido, se reitera que desde el año 2012, el demandante conoció la situación de su pensión al obtener su reconocimiento y vencido el término trienal con que contaba, efectuó reclamación, pretendiendo únicamente la nulidad de traslado.

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad de traslado como lo pretende el recurrente, pues a pesar de que ciertamente configura las condiciones para ello, lo cierto es que el trámite se encuentra afectado con el fenómeno de prescripción, además de tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAIS.

Finalmente, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, por lo que dicho riesgo ya fue consolidado en el régimen de ahorro individual, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2012.

Por las razones expuestas en el presente proveído se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** de las pretensiones instauradas por el demandante **Edilson Londoño Salazar** a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

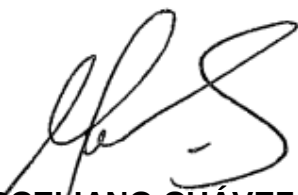
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la Sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre 2021.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310500920190018501)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500920190018501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500920190018501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 011-2012-00100-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: LETICIA RODRIGUEZ GONZALEZ, GERARDO
RODRIGUEZ GONZALEZ, JOSE NOEL RODRIGUEZ
GONZALEZ Y CARLOS JULIO RODRIGUEZ GONZALEZ**
DEMANDADO: PORVENIR S.A. y YANETH SIMANCA DIAZ.
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA-
PORVENIR S.A. y GRADO JURISDICCIONAL DE
CONSULTA-DEMANDANTES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada-PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes **LETICIA RODRIGUEZ GONZALEZ, GERARDO RODRIGUEZ GONZALEZ, JOSE NOEL RODRIGUEZ GONZALEZ Y CARLOS JULIO RODRIGUEZ GONZALEZ**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandada YANETH SIMANCA DIAZ, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LETICIA RODRIGUEZ GONZALEZ, GERARDO RODRIGUEZ GONZALEZ, JOSE NOEL RODRIGUEZ GONZALEZ Y CARLOS JULIO RODRIGUEZ GONZALEZ, en calidad de hijos del señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y YANETH SIMANCA DIAZ, debidamente sustentada como aparece de folios 3-19 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que, la señora YANETH SIMANCA DIAZ, no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes del señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a PORVENIR al reconocimiento y pago de la devolución de aportes por el tiempo que el señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, estuvo afiliado al sistema general en pensiones.
2. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito (folio 89-98). En igual sentido se pronunció la señora YANETH DEL SOCORRO SIMANCA (folio 193-197).

Por auto del 6 de agosto de 2012, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por PORVENIR S.A. y por proveído del 20 de septiembre de 2012, tuvo por NO contestada la demanda por parte de la señora YANETH SIMANCA DIAZ (folio 219).

Así mismo, por providencia del 14 de enero de 2013, el Juzgado de origen ordenó vincular a la señora YANETH SIMANCA DIAZ, como interviniente AD EXCLUDENDUM (folio 229).

Adicionalmente el A-quo, por providencia del 25 de enero de 2016 ordenó la acumulación del expediente 2013-048, donde figuraba la señora YANETH

SIMANCA DIAZ, como demandante y tramitado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar (folio 340).

El Juzgado de conocimiento, ordenó correr traslado a los accionantes del presente trámite, para que se pronunciaran frente a la acción ordinaria presentada por la señora SIMANCA DIAZ, quienes atendieron el requerimiento oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (folio 359)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 11º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de septiembre de 2021, **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la señora YANETH DEL SOCORRO SIMANCA DIAZ la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, el señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, a partir del 5 de diciembre de 2009, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, y teniendo en cuenta 14 mesada. **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la señora YANETH DEL SOCORRO SIMANCA, el retroactivo pensional en la suma de \$104.632.932, por mesadas causadas desde el 5 de diciembre de 2009 y hasta la fecha de la sentencia y **CONDENÓ** en costas a la parte demandada AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada-PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, alegando en síntesis que el afiliado fallecido no dejó causada la prestación a favor de sus beneficiarios, en la medida que no acreditó 50 semanas cotizadas dentro de los tres años previos al fallecimiento. Que, si bien aportó un documento en el que indica que el asegurado efectuó 122 semanas, dejó la claridad, que existe 83.8 por confirmar, al no existir certeza de la relación laboral. Finalmente, preciso, que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se estudie el medio exceptivo de la prescripción.

Respecto de los demandantes, **LETICIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GERARDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, JOSE NOEL RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Si el asegurado fallecido NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, dejó causado el derecho pensional a favor de su compañera permanente YANETH DEL SOCORRO SIMANCA DIAZ. En caso afirmativo se habrá de estudiar el medio exceptivo de la prescripción.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, falleció el 05 de diciembre de 2009 (folio 38), por lo que la norma para definir sobre el derecho pensional es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.”

Así mismo se advierte que, la Corte Constitucional en la sentencia C-556 de 2009, declaró inexecutable los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por lo que el único requisito a demostrarse en el caso del afiliado fallecido, es la acreditación de las 50 semanas de cotización dentro de los tres años previos al deceso:

“El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 modificó el 46 de la Ley 100 de 1993, señalando los requisitos para la obtención de la pensión de sobrevivientes, y exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo, que contemplan una exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, que constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.

Luego entonces, realizadas las anteriores precisiones y descendiendo al asunto de marras, encontramos del material probatorio incorporado al plenario que, a folio 476, obra historia laboral consolidada del afiliado NOEL RODRIGUEZ, en la que además de indicar el número de semanas realizadas al RAIS, así como a “Entidades Públicas”, se señala expresamente: *¿Cuántas semanas cotizadas tienes en los últimos 3 años?* 122.

Adicionalmente en el referenciado documento, se precisa que el número de semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual, lo fue de 550 (folio 476-480), número que se encuentra acreditado, de la historia detallada vista a folio 474-480, en la medida que al hacer el conteo de los días cotizados al sistema entre el ciclo 05/1998 a 12/2009, es decir, durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, se obtuvo un total 3850 días, equivalentes a 550 semanas, de las cuales 122.8 fueron realizadas entre junio de 2007 y diciembre de 2009.

Ahora, no tiene cabida el argumento expuesto por PORVENIR, en cuanto a que existen 83.8 semanas por confirmar y que corresponden a los tres últimos años de vida del afiliada, habida consideración que esta entidad en la historia consolidada, enuncia que el afiliado cotizó 1014, con la anotación *“Este total corresponde a las semanas que has cotizado y están confirmadas”*; número de

semana cuyo resultado se obtuvo, así: 123,4 proveniente de “*traslado de aportes*”, 340,1 “*válidas para bono*” y 550 “*Porvenir*”.

Lo anterior permite establecer que, todas aquellas semanas efectuadas en el RAIS, que son 550 semanas se encuentran ratificadas, de las cuales se reitera 122 fueron realizadas en los tres últimos años previos al deceso.

Por otra parte, si bien el citado documento enuncia “*semanas pendientes por confirmar 83.8*” nótese que adjunto esta la anotación “*traslado de aportes*”, lo que indica que no corresponden a las efectuadas en el RAIS, además que al analizar el detallado de estas semanas, estas hacen referencia a periodos efectuados entre agosto de 1994 y febrero de 1998 (folio 470-471)

Por último, se advierte que al examinar cada una de las semanas cotizadas en el RAIS, existe una casilla en la que se indica “*historia Laboral oficial*” y otra con la denominación “*Historia Laboral recordada por el afiliado en proceso de verificación*”, sin que alguna de las 122 semanas que fueron realizadas dentro de los tres años previos al deceso, estén por ratificar, verificar o confirmar.

Luego entonces, al estar debidamente demostrado que el afiliado fallecido NOEL RODRIGUEZ, cotizó 122 semanas dentro de los tres años previos al deceso, es claro que dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Ahora, la demandante **YANETH DEL SOCORRO SIMANCA**, es la única que alega en su calidad de compañera permanente, ser beneficiaria de la prestación, en consideración a que los restantes accionantes, aducen que, ante la falta de beneficiarios, tienen derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos.

A efectos de probar los presupuestos mencionados en el libelo inicial de la demandante SIMANCA DIAZ, basta traer a colación la sentencia emitida por el Juzgado Tercero de Familia de Valledupar, en la que para declarar la unión marital de hecho entre la pareja conformada por citada accionante y el señor NOEL RODRIGUEZ VALBUENA, existió una convivencia que se prolongó desde el año 1995 hasta el 2009: “*convivencia permanente y singular, desde el año 1995 hasta el 5 de diciembre de 2009*” (folio 226).

Así mismo se escuchó la declaración de la señora DEIMIS LARA JIMENEZ, quien afirmó conocer desde hace 19 años a YANETH SIMANCA, que le consta que la

accionante convivió con el señor NOEL RODRIGUEZ, desde el año 1992 hasta la fecha de su deceso *“siempre, en ese tiempo que yo me mude allá para los apartamentos, creo que fue cuando ellos empezaron su relación, como desde el 1992 hasta que el señor falleció”*. Además, manifestó que dado que laboraba en la Clínica del Cesar, ello permitió que en muchas ocasiones le facilitaran los servicios médicos al señor RODRIGUEZ, quien siempre estuvo acompañado por la demandante.

En igual sentido se pronunció la testigo NICOLASA AMARIS CASTRO, al afirmar que la convivencia de la mencionada pareja se prolongó desde el año 1992 hasta la calenda en que el señor Rodríguez falleció: *“hasta el día de la muerte de él, porque ella siempre permaneció con él.”*

Por lo expuesto, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia en lo referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora YANETH DEL SOCORRO SIMANCA DIAZ, con ocasión a la muerte de su compañero NOEL RODRIGUEZ, al causarse el derecho y probarse la calidad de beneficiaria y en esa medida, no hay lugar a acceder a las suplicas invocadas por los actores, **LETICIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GERARDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, JOSE NOEL RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quienes alegando la calidad de hijos, peticionaban la devolución de saldos, en consideración a lo establecido en los artículo 76 y 78 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente los señores **LETICIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GERARDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, JOSE NOEL RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, no figuran como beneficiarios del asegurado, para acceder al beneficio pensional, ya que, si bien probaron el parentesco, se trata de ciudadanos con edad mayor a 25 años y sin ningún tipo de invalidez (folio 44-47).

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

Sabido es que la pensión de sobrevivientes se causa a partir de la muerte del pensionado o afiliado, que en el asunto de marras sería a partir del 5 de diciembre de 2009 (folio 38).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y S.S., en cuanto señala que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres (3) años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito del trabajador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual, se considera que respecto de la prestación que se le está reconociendo a la señora SIMANCA DIAZ, ninguna de las mesadas se ha visto afectada por el fenómeno jurídico en mención, toda vez que el día 7 de octubre de 2010, presentó petición encaminada a obtener el beneficio pensional (folio 12 proceso acumulado), en tanto radicó demanda, el 14 de febrero de 2013 (folio 37), la que fue notificada a PORVENIR S.A. el 8 de abril de 2013 (folio 49), por lo que es claro que no transcurrió el término trienal entre una y otra actuación y por ende el medio exceptivo tal como ya se mencionó no afectó la prestación económica, en cuanto a las mesadas se refiere.

En los anteriores términos la sentencia de primera instancia será confirmada.

COSTAS.

Por resultar desfavorable el recurso a la sociedad demandada-PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la señora SIMANCA DIAZ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de septiembre de 2021, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada-PORVENIR S.A. y a favor de la accionante YANETH DEL SOCORRO SIMANCA

DIAZ. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501120120010001)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501120120010001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501120120010001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2020-00141-01

Bogotá D.C., julio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.
AFP PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería al (la) abogado(a) JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, identificado(a) con C.C. 1.1018.435.921 de Bogotá y tarjeta profesional No. 277.810 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado(a) de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, así como y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 08 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **Luis Reinaldo Barreto Pedraza** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, como aparece a folios 2 a 14 del expediente digitalizado (Archivo 001 del expediente digital) y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fl175 Archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Declarar que la A.F.P PROTECCION, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
2. Declarar que la A.F.P PORVENIR, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
3. Declarar que la A.F.P COLFONDOS, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
4. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el señor(a) LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA, inicialmente la A.F.P PROTECCIÓN, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

5. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el Señor(a) LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA, a la A.F.P PORVENIR, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

6. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el Señor(a) LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA a la A.F.P COLFONDOS, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

7. Declarar que el Señor(a) LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Condenatorias:

1. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

2. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

3. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

4. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a activar la afiliación en pensión del Señor LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA.

5. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante

incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.

6. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a recibir la totalidad de los aportes a pensión del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

7. Condenar a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

8. Condenar a las demandadas al pago de las costas y agendas en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls.1 a 35 del archivo 007 del expediente digital), Colfondos S.A. (fls.2 a 26 del archivo 006 del expediente digital), Protección S.A. (fls.3 a 30 del Archivo 008 del expediente digital) y Colpensiones (fls.1 a 48 Archivo 004 del expediente digital) de acuerdo al auto del 24 de marzo de 2021.

Colpensiones, Porvenir, Protección y Colfondos se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 08 de febrero de 2022, **DELCLARÓ** LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor LUIS REINALDO BARRETO PEDRAZA identificado con C.C. No. 3.231.697, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 25 de julio de 1994. En consecuencia, **DECLARÓ** 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; **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A. fondo al que se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le **CONDENÓ** a la devolución

de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES; **ORDENÓ** a la AFP PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A., Protección S.A y Colfondos S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; **DECLARÓ** que 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 pensiones; **DECLARÓ** NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas; **CONDENÓ** en costas a las demandadas PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A Fijándose como agencias en derecho cada una en la suma de \$1.500.000, a favor del demandante; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PROTECCIÓN)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De los gastos de administración.

Sostiene el apoderado de la parte demandada PROTECCIÓN S.A., que la comisión de administración son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, en su artículo 20, así como el artículo 7 de la ley 797 autorizando a PROTECCIÓN a descontar el 3% del 16% de los aportes realizados a los afiliados al sistema general de pensiones. Indica que ese 3% se usa para cubrir los gastos de administración y opera en los dos regímenes, resalta que debe notarse el certificado de rendimientos anexados al proceso en el que se evidencian los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del actor desde 1994, fecha de su traslado; Arguye que con la condena de primera instancia, en cuanto a la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones por recibir una comisión que no esta destinada a financiar la pensión de vejez.

Alega que ya se le estaría trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, fruto de la buena gestión de la AFP Protección, indica que es por ello que Protección tiene derecho a quedarse con esa comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón para tener que trasladarla a Colpensiones. Fundamenta sus argumentos exponiendo que esas restituciones mutuas son explicadas en el artículo 1746 del C.C., como dentro de la sentencia 39989 del 9 de septiembre de 2008 de la CSJ.

Del mismo modo arguye que los fondos de pensiones son vigilados por la Superintendencia Financiera, la cual ha determinado que a través de los traslados que se realizan con fundamento en el proceso de ineficacia, se debe dar pleno cumplimiento al art.7 del Decreto 3995 del año 2008, de lo cual arguye que, de ello se establece que cuando se dé el traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de garantía de pensión mínima y se solicita que se respeten los aportes generados directamente, como son los gastos de administración, dineros que, reitera, se tienen por la buena administración de los recursos.

Sumado a lo anterior, argumenta que, en caso de confirmarse la sentencia, la AFP Protección deberá asumir de su propio patrimonio los valores de descuentos permitidos por mandato legal, es decir, la comisión de administración. Arguye que se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio directo de Protección, lo cual, a su juicio, tendría que revisarse bajo la luz de la responsabilidad Civil, como los elementos propios de esta, sumando que en el proceso no fue materia de prueba ni quedó plenamente demostrado la causación de daños; de ello alega que, si bien en los procesos de nulidad o ineficacia del traslado se invierte la carga de la prueba, esto no opera en cuanto a los perjuicios.

Del mismo modo, culmina sus argumentos alegando que frente a los gastos de administración opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se vienen descontando periódicamente y acorde con lo que impone la Ley, sumado a que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que, a su juicio, son conceptos que sí prescriben a la luz de los arts. 488 del CST y SS y 151 del CPTSS.

La **parte demandada (COLFONDOS)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la devolución de los gastos de administración, bonos pensionales, porcentaje de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

Frente a este punto argumenta la apoderada de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS que solicita se revoquen las condenas frente a aquellos gastos por cuanto el Bono pensional es emitido por el Ministerio de hacienda y crédito público, motivo por el cual no se encuentra acreditado dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, máxime que no se ha realizado ningún trámite para que este dinero repode en la cuenta de ahorro individual y tampoco figura, en la relación de aportes, que este figure en cabeza de COLFONDOS.

Sostiene que COLFONDOS está imposibilitada a devolver algún tipo de bono pensional cuando no lo tiene en la cuenta de ahorro individual; de tal modo que, en sus argumentos, sostiene que se configura una sentencia imposible de cumplir por cuenta de la AFP.

Argumenta que, frente a lo establecido en el art.20 de la Ley 100 de 1993, esto es la distribución que se establece a los gastos de administración en cuanto al porcentaje de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y gastos de administración debidamente indexados se tiene que, nuevamente, es imposible para la AFP COLFONDOS devolver dichos emolumentos teniendo en cuenta que la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que dieron origen al caso; de ello expone que COLFONDOS cumplió con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual del **demandante**, y fue gracias a esa optima administración e inversiones que se produjeron unos rendimientos en la cuenta del actor, de tal modo que, a su juicio, se estaría desconociendo dicho trabajo, pero sí estaría enriqueciendo y favoreciendo a Colpensiones que no trabajó para tener unos rendimientos.

Sumado a lo anterior sostiene que, avocando a los principios constitucionales de equidad y justicia no se entiende como obligar a al AFP COLFONDOS a

trasladar los rendimientos, pero no se reconoce el trabajo que realizó mediante la administración de los aportes del demandante.

En cuanto al porcentaje de garantía de pensión mínima sostiene que debe tenerse en cuenta que este descuento se realiza por norma, de acuerdo al Decreto 4989 del año 2007, en su art. 1, motivo por el cual nunca han estado administrados por COLFONDOS, sino que ese dinero tuvo una destinación distinta con otra encargada de administrarlos.

Frente a los Seguros Previsionales Sostuvo que la AFP está imposibilitada para devolverlos, en primera medida en primera medida porque nunca han sido parte integrante para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero sí tuvieron una destinación específica y que hasta el momento ha cumplido con el objetivo que es tener al señor demandante asegurado para los riesgos de invalidez y sobreviviente; argumenta que es por ello que se estaría desconociendo las restituciones mutuas a favor de COLFONDOS y causando un enriquecimiento sin justa causa como quiera que tendría que disminuir su propio pecunio para responder unas condenas de las cuales no están llamadas a prosperar, máxime que COLFONDOS fue un tercero de buena fe al momento de recibir al demandante en virtud del art. 14 de la Ley 100 de 1993.

Arguye que, de confirmarse la sentencia no se acceda a la indexación toda vez que ello no se pretendió con la demanda ni se planteó con la contestación, de lo que, a su juicio, se colige que las sumas a trasladar no fueron materia de debate probatorio en el proceso; Sostiene que la obligación de trasladar entraña una prestación de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero. Argumenta que no es aplicable el reconocimiento oficioso porque se estaría vulnerando el debido proceso de COLFONDOS, a su juicio considera que se trataría de una sanción impuesta, la cual tampoco fue materia de debate, como quiera que encaminaría a un perjuicio que nunca fue solicitado y que fue reconocido de manera oficiosa.

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la devolución de los gastos de administración indexados.

El apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. sostiene frente a este punto que no hay una causal legal para devolver estos gastos de administración, por cuanto debe tenerse en cuenta que estos gastos de administración también se descuentan en el régimen de prima media, conforme al art.20 de la Ley 100 de 1993 que en el inciso segundo dice que también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

Indica que llama poderosamente la atención que estos gastos de administración no están llamados a financiar la prestación de vejez y por ende no están llamados al fenómeno imprescriptible.

Argumenta que la superintendencia financiera de Colombia, en concepto emitido el 15 de enero de 2020, de manera clara y expresa ha manifestado que en los eventos en que surgiese la ineficacia del traslado, los únicos dineros tendientes a devolver con destino, en este caso, a COLPENSIONES, serían las cotizaciones junto con los rendimientos; no haciendo mención, en ninguna parte, a los gastos de administración o a la prima previsional o cualquier otro tipo de dinero dientito a las cotizaciones y rendimientos, y en este caso en específico debe dejarse claro y en constancia que se demuestra con el certificado de egreso expedido por Porvenir, al demandante ya se le trasladaron las cotizaciones y los rendimientos hacia COLFONDOS.

Refuerza sus argumentos indicando que el hecho de ordenar el retorno de los gastos de administración hacia COLPENSIONES, va a configurar un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta, habida cuenta que no hay una norma ni legal ni constitucional que disponga tal devolución, por el contrario, la Ley 100 de 1993 en su art. 113 literal B, indica que, en los eventos en que hay un cambio de régimen pensional, como en efecto se traduce con la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deben trasladar son las cotizaciones y los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte a los gastos de administración y habiéndose entender estos gastos de administración o cualquier otro tipo de dinero distinto a las cotizaciones y rendimientos como una contraprestación a la excelente gestión de Porvenir S.A. en la generación de los rendimientos que ya le fueron trasladados a COLFONDOS.

Para finalizar indica que se debe declarar la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, la prima de seguro previsional o cualquier otro tipo de dinero distinto a la cuenta de ahorro individual que ya fue trasladada. Sostiene que son valores que no están llamados a financiar la pensión de vejez y es por ello que no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la carga de la prueba en cabeza de la AFP.

El apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, frente a este punto manifiesta que en cuanto a las consideraciones expuestas por el *Ad-Quo*, sobre la carga de la prueba se tiene que el art.167 del CGP reza al siguiente tenor:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”

Argumenta que en se sentido, esta corporación en varios pronunciamientos ha puesto de presente el artículo ya citado, como lo fue en sentencia del 10 de octubre de 2017, con Ponencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas, en el proceso 19-2015-0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de casos manifestó:

“(...) Los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan, y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo.

Lo anterior de conformidad con el art. 167 del CGP; las partes tienen la obligación de probar los supuestos facticos que fundan sus alegaciones (...)”

En el mismo sentido, citó apartados de la sentencia con radicado 07-2015-0822-01 del 25 de octubre de 2017 con ponencia del Magistrado Manuel Serrano Vaquero en la que manifestó:

“(…) Sobre los vicios de consentimiento que ella prestó al suscribir el traslado de régimen por error o inducido por dolo, esta sala estima que no se aportaron las pruebas pertinentes suficientes porque tenía la carga procesal la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el art. 167 del CGP. Se debe recordar, además, frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado de régimen las definió la Ley, por ello cualquier duda interpretativa de las normas constituye un error de derecho que no tiene el alcance para viciar el consentimiento, según lo dispone el art.1509 del C.C., menos aún para las personas como el demandante que cumplieron traslados sucesivos en el RAIS en diferentes administradoras de fondos de pensiones, en este último hecho cuenta el documento 64. (….)”

Conforme a la jurisprudencia atrás citada, el apoderado sostiene que le compete a la parte demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegado, no bastando, por ello, la simple afirmación del demandante. Advierte que resulta desproporcionado invertir la carga de la prueba en la AFP y, para el caso en particular, en COLPENSIONES.

Del mismo modo continúa sus argumentos sosteniendo que la afiliación se dio en 1994, por lo que es imposible probar las circunstancias que acarrearón el traslado, fecha en la cual no era obligatorio dejar un registro documental, por lo que indica que nadie está obligado a lo imposible. Reitera que al haber fundado su pretensión de haber sido engañado por la AFP a los cuales se afilió, de conformidad a lo dispuesto en el art.1516 del C.C. y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que no se hizo.

En el mismo sentido cita la sentencia del proceso ordinario número 1100131050352019023901 con fallo de esta corporación, con ponencia de la Magistrada Angela Lucia Murillo Barón donde manifestó lo siguiente:

“En el presente caso se descarta la inexistencia, porque de acuerdo a las sentencias antes relacionada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran como, por ejemplo, cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto o no se cumple con el requisito para existencia.”

2. De la manifestación de la voluntad que se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte y de la validez del traslado.

Sostuvo el apoderado de Colpensiones que el juez de primera instancia indicó en las consideraciones de la sentencia que el demandante aceptó, en el interrogatorio de parte surtido, que reconoció trabajar en una AFP privada y que fue capacitado. Sin embargo, a su juicio, solo se tuvo en cuenta que era un vendedor y que realizaba asesorías para futuros interesados para un cambio de régimen.

Argumenta que debió probar que no fue capacitado y que no conoció las características del régimen, sostiene que el demandante solo se limitó a decir que trasladaba los usuarios a sus compañeros, que de la pregunta respecto a qué debía hacer el demandante, este no contestó debidamente y fue vacío, sumado a que no fue tenido en cuenta por el juez. Continúa indicando que en el interrogatorio de parte el demandante afirmó que le había realizado una capacitación de ingreso y que se le indicaron las características del fondo privado y que conocía diferentes modalidades de régimen, de lo que, a su juicio, no se puede manifestar que se le vulneró su derecho a la información en cuanto a que el demandante trabajaba para una AFP privada, sumado a que realizó tres traslados horizontales.

3. De las costas de segunda instancia.

Argumenta el apoderado de la demandada que de condenar en costas de segunda instancia a Colpensiones representaría un detrimento patrimonial al fondo.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING Colmena., hoy Protección S.A., efectuado por el (la) señora **Luis Reinaldo Barreto Pedraza** el día 25 de julio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP ING Colmena el 25 de julio de 1994, con fecha de efectividad el 01 de agosto de 1994; posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Horizonte el día 22 de noviembre de 1994, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1994; finalmente solicitó traslado a la AFP Colfondos el día 28 de enero de 2013 (fl.161 del Archivo 001 del expediente digital y fl.69 del archivo 007 del expediente digital).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** expediente administrativo **AFP Porvenir SA aportó:** copia de certificado ASOFONDOS – SIAFP, formulario de vinculación a la AFP Horizonte

del 22 de noviembre de 1994, copia de comunicado de prensa de diario EL TIEMPO de fecha 14 de enero de 2004, copia de concepto de la superintendencia financiera de Colombia Rad. No. 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020, respuesta emitida por Porvenir el 10 de febrero de 2014, copia de respuesta emitida por Porvenir de fecha 24 de enero del 2017 a solicitud de traslado, copia de respuesta emitida por Porvenir el 19 de junio de 2019 a la AFP Colfondos, copia a respuesta emitida por Porvenir el 31 de octubre de 2019 a solicitud de nulidad de traslado, copia de historia laboral consolidada emitida el 10 de abril 2021, copia de relación histórica de movimientos emitido el 10 de abril de 2021, copia de relación de aportes emitida el 16 de abril de 2021, copia de certificado de egreso emitido el 16 de abril de 2021. **AFP Protección aportó:** Formulario de vinculación a la AFP Colmena (hoy protección) de fecha 25 de julio de 1994, SIAFP, movimientos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos y relación de aportes, concepto emitido por la superintendencia financiera No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa diario EL TIEMPO. **AFP Colfondos aportó:** comunicado de prensa en diario EL TIEMPO de fecha 09 de enero de 2004, certificado de existencia y representación legal de Colfondos.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de julio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 25 de julio de 1994, el demandante tenía 57,43 semanas (fl.2 del Archivo GRP-SCH-HL, de la subcarpeta 005 historia laboral del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 29 de agosto de 1960 – fl.17 del Archivo 001 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 05 de diciembre de 2019 , fecha de expedición de respuesta a petición donde se entrega reporte de semanas cotizadas a la AFP Colfondos, el demandante había cotizado más de 1215 semanas, fl.156 del archivo 001 del expediente digital) y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de

régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP ING Colmena.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP ING Colmena, hoy PROTECCIÓN, el 25 de julio del 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PROTECCIÓN S.A no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas

por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la

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

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

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., en cuanto a la no devolución de gastos de administración y sumas adicionales de aseguradoras debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó:

“Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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 las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”

Del mismo modo, respecto de las manifestaciones hechas por las demandas en cuanto a que no es posible devolver las sumas descontadas por conceptos de gastos de administración y primas de reaseguros por cuanto deberán recurrir a soslayar dichas devoluciones con cargo a su propio patrimonio, tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, sobre ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Ahora bien, frente a los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones respecto a que es el demandante quien tiene la carga de probar los vicios del consentimiento alegado y que resulta desproporcionado invertir la carga de la prueba en la AFP, en tanto que el demandante estuvo vinculado laboralmente como asesor a la AFP Colmena y que por ello se puede determinar que sí contaba con consentimiento informado al momento del traslado, para ello trajo a colación sentencias para encontrar soporte a sus alegaciones, sin embargo, cabe advertir que las mismas no son de recibo por cuanto en Sentencia 3661 de 2021, Radicado No. 81094 del 18 de agosto de 2021, la Corte Suprema de Justicia respecto del fallo

proferido por esta corporación el 25 de octubre de 2017, dentro de la sentencia con radicado 07-2015-822 citada por la demandada Colpensiones, precisó:

*“(…) A lo expuesto, cabe agregar, que **si bien la censura en este cargo no cuestiona que la parte actora no demostró algún vicio en el consentimiento que generara la nulidad del traslado pensional, lo cierto es que ello resultaba innecesario en este preciso asunto**, en tanto, conforme lo ha explicado esta corporación, el examen del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, como aquí ocurre y, por tanto, al estar demostrado el error jurídico del Tribunal frente a esta última temática, ello resulta suficiente para la prosperidad del ataque. Sobre tal aspecto en la decisión CSJ SL1688-2019 se explicó lo siguiente:*

(…) La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

[…]

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

*Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. (…)*

*Así las cosas, la Corte advierte que **no se equivocó el juez a quo cuando definió en la sentencia de primera instancia, que la demandada teniendo la carga de la prueba, no cumplió el deber de demostrar que esa falta de información completa y oportuna no existía en realidad y que, por el contrario, la interesada contó con elementos suficientes para discernir los alcances de su traslado.***

Si bien en el plenario obra copia del formulario de vinculación o traslado signado por la accionante (f.º 100) este no da cuenta de que el Fondo privado cumplió con el deber de información, pues del mismo no se desprende que Porvenir S.A. hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones,

consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la administradora de pensiones, máxime que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para tener por cumplido tal deber legal. Al respecto, en decisión CSJ SL4964-2018, rad. 54814, se dijo:

*Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, **correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo** y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.” (...) (Negritas fuera del texto)*

Es de resaltar que, como se expuso en acápites anteriores, los fondos no allegan material probatorio que logre determinar que el demandante, tanto al momento del traslado inicial, 25 de julio de 1994, y de vinculación laboral con la AFP Colmena, hoy Protección, se le haya prestado una asesoría plena, así como el fondo no allega tampoco material del que se pueda extraer qué clase de capacitación se le brindó al demandante cuando estuvo vinculado laboralmente a este; de ello solo reposa el dicho del demandante en que la capacitación se brindó en una tarde, que sus funciones laborales se basaron en tareas operativas de llenar formularios de personas que previamente fueron asesoradas o convencidas por sus compañeros, de lo que, se reitera, la AFP no allega pruebas suficientes para determinar el grado de capacitación, conocimiento, asesoría e información que se le brindó al demandante. Sobre este punto en particular, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2363 del 2022 al respecto sostuvo:

*“(...) El hecho de que la actora fuera ingeniera industrial o que tuviera el cargo de directora administrativa o directora de riesgos profesionales, no implica que por ello entendiera y conociera los regímenes pensionales, las consecuencias jurídicas derivadas del cambio efectuado, o las modalidades pensionales y sistema de liquidación de esa prestación en uno y otro régimen, o los efectos de su decisión de traslado, dado que ello no se presume y no hay prueba en el plenario que así lo demuestre. En tal sentido, **sus condiciones profesionales y laborales, por si solas, no son suficientes para asegurar que el traslado estuvo motivado por su consentimiento informado.**”*

Finalmente, frente a la manifestación hecha por el apoderado de Colpensiones respecto de las costas de segunda instancia, cabe recalcar que esta no es la oportunidad pertinente para referirse a ellas, por cuanto el momento oportuno será una vez ejecutoriada esta sentencia que pone fin al litigio y sobre el auto que las liquida, a ello sumado que las mismas se condenan en observancia de los artículos 365 y 366 del CGP.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Luis Reinaldo Barreto Pedraza** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP ING Colmena, hoy Protección S.A., el 25 de julio de 1994 y posteriormente a las AFP Horizonte y Colfondos S.A.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de febrero de 2022 por el juzgado 22Laboral del Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220200014101)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502220200014101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220200014101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 024-2018-00134-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: **LUZ MARINA RODRIGUEZ DUARTE**
DEMANDADOS: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES**
NACIONALES.
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la demandante contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA RODRIGUEZ DUARTE, instauró demanda ordinaria laboral contra la FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIOANLES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folio 2-8):

PARTE DECLARATIVA:

1. **DECLARAR** que el **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, es la entidad obligada al reconocimiento y pago de la pensión, por el tiempo prestado a los extintos **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

PARTE CONDENATORIA:

1. **CONDENAR** a la entidad demandada a **INDEXAR** la pensión de jubilación a la que tenía derecho su difunto compañero **FLORINDO DURAN OVIEDO**, con efectividad a partir de la fecha de su deceso, esto es, 29 de octubre de 2001.
2. **CONDENAR** a la pasiva al reconocimiento y pago de las diferencias resultantes del reajuste pensional.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

El **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES**, dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, (folio 32-38).

El juzgado de origen, por auto del 14 de febrero de 2019, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad llamada a juicio (folio 44)

Así mismo, por proveído del 8 de agosto de 2019, el Juzgado de conocimiento, ordenó integrar al señor **LUDWING DURAN RODRIGUEZ**, en calidad de litis consorcio necesario (folio 82), quien no dio contestación a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de agosto de 2021, **DECLARÓ** probados los hechos sustento de las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION** y **COBRO DE LO NO DEBIDO**. **ABSOLVIÓ** a la demandada **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** y al litis consorte necesario

de las pretensiones planteadas en la demanda y **CONDENÓ** en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia.

Como sustento del recurso, la impugnante señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991 y el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, su compañero previo al fallecimiento dejó causada la pensión plena de jubilación en la medida que aunque no acreditó la edad, si el tiempo de servicio, aunado a que considera que en virtud del principio de la condición más beneficiosa y favorabilidad, se debió conceder la mentada prestación.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACITO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el señor FLORINDO DURAN OVIEDO (q.e.p.d), dejó causada la pensión plena de jubilación y en consecuencia si hay lugar a ser sustituida a favor de sus beneficiarios.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, tenemos que el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, estableció:

“La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7° del Decreto extraordinario 895 de 1991, quedará así:

a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.

b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.

c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.

d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.

e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.

f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.

g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.” (negrilla y subrayado fuera del texto)

El texto enunciado, permite establecer que se creó una pensión proporcional y plena de jubilación para los servidores públicos de los extinguidos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, así: la primera para aquellos servidores, que a la fecha de vigencia del Decreto tuviesen 15 años de servicios prestados a la empresa o más años y en los porcentajes señalados de acuerdo con el tiempo de servicios, para la cual no se necesitaba el requisito de la edad, mientras que la pensión plena de jubilación se otorgaba con el cumplimiento de los 50 años, previo cumplimiento del tiempo de servicio ya referenciado.

Lo anterior indica, que mientras que la pensión proporcional se causaba con tiempo de servicio, sin acreditar edad alguna, y cuyo porcentaje se incrementaba con más años de labor prestados a la entidad, en la segunda independiente del tiempo laborado, siempre con un mínimo de 15 años y cuyo requisito se debió cumplir previamente, su tasa de reemplazo y forma de liquidación ya no dependía del tiempo de servicio, pues sería igual para todos - 75%- siempre que se probara una edad de 50 años.

Frente al tema resulta pertinente traer a colación la sentencia SL 880 de 2022, en la que nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisó:

“Se desprende del texto transcrito, que las pensiones de jubilación proporcional y plena u ordinaria, son diferentes no solo por los requisitos de causación, sino también por la forma de liquidación, toda vez que la segunda tasa de reemplazo es del 75% del promedio salarial de los últimos seis meses, mientras que la primera es el porcentaje del último salario pero aplicado de acuerdo con la tabla definida por el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, en función del tiempo de servicio a la entidad.”

Realizadas las anteriores precisiones y descendiendo al asunto de marras, encontramos de las pruebas aportadas, que mediante Resolución n.º 2291 del 11 de septiembre de 1991, FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, le reconoció pensión proporcional de jubilación al señor FLORINDO DURAN OVIEDO, con fundamento en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, por haber laborado en dicha entidad por espacio de 17 años y 9 días (folio 12)

Con ocasión a la muerte del pensionado, lo que ocurrió el 29 de octubre de 2001, el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES, reconoció a favor de la demandante, pensión de sobrevivientes en cuantía del 50% y el porcentaje restante a favor de sus hijos BLANCA MARIA, DURAN RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO DURAN RODRIGUEZ, YANIRA DURAN RODRIGUEZ y LUDWIN DURAN RODRIGUEZ (Folio 17 y 78)

Así mismo se logró determinar que el señor FLORINDO DURAN OVIEDO, nació el 9 de julio de 1952 y falleció el 29 de octubre de 2001.

Luego entonces de lo anterior, se concluye que el señor FLORINDO DURAN OVIEDO, falleció antes del cumplimiento de los 50 años, en la medida que la edad la acreditaba el 9 de julio de 2002, en tanto el deceso ocurrió el 29 de octubre de 2001, por lo que al tenor literal de norma arriba citada, sus beneficiarios no tenían derecho a la sustitución de la pensión plena de jubilación, al no dejarse causado la mentada prestación, razón por la cual se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente

a medio (1/2) SMLMV y a favor de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ en su SALA TERCERA DE DECISION**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021 por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310502420180013401)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad 11001310502420180013401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310502420180013401)

**ARTICULO 7 DECRETO 895 1991 Y ARTICULO 3 DEL DECRETO 1651 DE
1991, PLENA DE JUBILACION**

LEY 12 DE 1975 ARTICULO 1

**ARTICULO 7 DECRETO 895
SL2702 2021,**



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2020-00045-01

Bogotá D.C., julio Veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **BLANCA EDILMA GOMEZ SABOGAL**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP. COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional, Santander, y tarjeta profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, conforme poder allegado vía correo electrónico el 01 de marzo de 2022.

La parte demandada COLPENSIONES (fls.372 a 380 del expediente) y la parte demandante (fls.403 a 410 del expediente físico) presentaron alegaciones por

escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 21 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **Blanca Edilma Gómez Sabogal** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 6 a 20 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Declarar la nulidad de la vinculación de BLANCA EDILMA GOMEZ SABOGAL al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad Pensional con COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS
2. Declarar que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, debe ordenar el TRASLADO de BLANCA EDILMA GOMEZ SABOGAL del Régimen del Ahorro Individual al Régimen de la Prima Media con Prestación Definida.
3. Declarar que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
4. Declarar que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, debe rembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante.
5. Declarar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES debe aceptar la vinculación de la demandante en el Régimen De La Prima Media Con Prestación Definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
6. Declarar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como consecuencia de la nulidad, debe aceptar a al

demandante en el sistema de la Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiera existido unos traslados de régimen pensional.

7. Declarar que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, debe reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1.993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.

8. Declarar que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES deben reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en su facultad Ultra y Extra Petita.

9. Declarar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, deben ser condenadas en costas y agendas en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

Condenas:

1. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a aceptar la nulidad de la vinculación de BLANCA EDILMA GOMEZ SABOGAL al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad Pensional.

2. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a ordenar el retorno de BLANCA EDILMA GOMEZ SABOGAL del Régimen del Ahorro Individual al Régimen de la Prima Media con Prestación Definida.

3. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.

4. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante.

5. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a aceptar el retorno de la demandante al Régimen De La

Prima Media Con Prestación Definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

6. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como consecuencia de la nulidad, a aceptar a la demandante en el sistema de la Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.

7. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CENSANTIAS, a reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1.993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.

8. Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que deben reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en su facultad Ultra y Extra Petita.

9. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, en costas y agendas en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Colfondos S.A. (fls.129 a 153 del expediente y corrección de la contestación a fls.218 a 242) y Colpensiones (fls.86 a 102 del expediente) de acuerdo al auto del 06 de octubre de 2020. Las demandadas se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 16 de noviembre de 2021 **DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por la demandante Blanca Edilma Gómez Sabogal al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1997; **CONDENÓ** al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados

por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **ABSOLVIÓ** a COLFONDOS de las demás pretensiones incoadas en su contra; **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas; **CONDENÓ** en costas de primera instancia a la demandada COLFONDOS, fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la ratificación expresa e inexistencia y de la validez del traslado.

Sostiene el apoderado de la parte demandada Colpensiones que, siendo, a su juicio, el caso valorado la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que demostrarán su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, indica que, para la actualidad se tienen una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias, engaños o falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, con ocasión al art. 898 del Código de Comercio, que expresa:

“ARTÍCULO 898. RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA: La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación. (...)”

De lo anterior sostiene que no se puede concluir bajo las máximas de la experiencia que exista un acto ineficaz homogéneo cuantificable en décadas y percatarse de ello hasta solo estas ad portas de la causación de la pensión de vejez.

Argumenta que ese artículo 898 tiene relación directa con el desarrollo de cierre de las Sentencias SL1061 de 2021, SL3752 del 2020 y SL413 de 2018, por cuanto se perfeccionan los actos de relacionamiento por la permanencia en el RAIS de la parte actora en el régimen de ahorro individual.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. efectuado por el (la) señora **Blanca Edilma Gómez Sabogal** el día 08 de agosto de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 08 de agosto de 1997, con efectividad a partir del 1 de octubre de 1997.

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos

fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020 que, a su vez,

trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** el expediente administrativo de la demandante y la historia laboral de la demandante. **AFP Colfondos SA aportó:** SIAFP, Formulario de afiliación, estado de afiliación, respuesta a derecho de petición de 02 de octubre de 2019, historia laboral OBP, artículo del diario EL TIEMPO.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 08 de agosto de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, Decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 08 de agosto de 1997, la demandante tenía 283.57 semanas (fl. 1 del archivo 1 de la subcarpeta 2 del expediente

administrativo aportado por COLPENSIONES en medio magnético), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 01 de mayo de 1964 – fl.29 del expediente digitalizado) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, con relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

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

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

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

privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, igualmente, no se puede deducir del formulario de formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

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

Sumado a ello, con relación a lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, respecto de los actos de relacionamiento, este es un argumento que no tiene cabida para el caso en concreto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto no se puede obviar que con la mera permanencia de la demandante en el RAIS se configure una ratificación del acto que se declara ineficaz o que por ese hecho deba presumirse entonces que la afiliada recibió, desde el acto inicial de traslado, la información necesaria para efectuar el traslado al RAIS en las condiciones ya indicadas ut supra, cuando Colfondos no aportó los elementos de prueba necesarios para tener la certeza de que así ocurrió.

De lo anterior es preciso traer a colación lo dicho en recientes pronunciamientos de la Sala laboral de la Corte Suprema de justicia, a saber: sentencias SL1660 de 2022, SL2416 de 2022 y SL260 de 2022 en cuanto a los actos de relacionamiento, de manera tal que ni la afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados o cualquier actuación posterior denotan la información debida y suficiente del afiliado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco tienen la virtud de sanear la ineficacia que se observa en el primer acto de solicitud de traslado al RAIS.

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

Bajo las anteriores consideraciones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Blanca Edilma Gómez Sabogal** del ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la AFP Colfondos S.A, el 8 de agosto de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante Colpensiones, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A-Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310502620200004501)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

(Rad. 11001310502620200004501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502620200004501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 37-2020-00127-01

Bogotá D.C., julio Veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **YOLANDA REINOSA CASTRILLON**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP. PORVENIR S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y**
PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la parte demandante y la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada Porvenir S.A. y COLPENSIONES y la parte demandante, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **Yolanda Reinosa Castrillón** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4 al 28 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare que la demandada PORVENIR AFP S.A., a través de su asesor comercial realizo el traslado de régimen pensional de mi representada sin que exista su consentimiento.
2. se declare que ante la solicitud de traslado que hiciera PORVENIR AFP S.A., al desaparecido Seguro Social hoy COLPENSIONES, la demandante nunca fue requerida por dicha entidad frente a ese traslado al no mediar su consentimiento.
3. Se declare la nulidad del traslado de régimen que fuera realizado por la demandada PORVENIR AFP S.A., a partir del mes de mayo de 1999 por vicio en el consentimiento.

Condenatorias:

1. Se ORDENE a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., anular la afiliación que se hiciera en mayo de 1999, por estar viciada de falta de consentimiento.
2. Se condene a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que haga el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los aportes que a nombre de la demandante se encuentren a su disposición, hasta la fecha en que se haga efectivo su traslado.
3. Se condene a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y a favor de la demandante la totalidad de los rendimientos que los aportes a pensión han generado.
4. Se condene a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la suma correspondiente al bono pensional.

5. Se condene a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a girar a COLPENSIONES cualquier otra suma que sobre los aportes se hubieran generado a favor de la demandante hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de la totalidad de los dineros.

6. Se condene a COLPENSIONES a que una vez decretada la nulidad del traslado, se sirva adelantar el trámite para la activación de la afiliación de la demandante en su fondo.

7. Se ordene a COLPENSIONES que una vez PORVENIR S.A. AFP., haga el traslado de los aportes a pensión, proceda a registrar la información en la historia laboral de la demandante.

8. Se condene a las demandadas a indemnizar a la demandante por los perjuicios morales que el traslado sin su consentimiento le ha causado, tásense.

9. Las que se considere señor Juez de conformidad con los principios Ultra y Extra Petita.

10: Por lo gastos y costas del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls.267 al 292 del expediente) y Colpensiones (fls.142 al 156 del expediente) de acuerdo al auto del 17 de julio de 2020. Las demandadas se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de enero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora YOLANDA REINOSA CASTRILLÓN en su momento del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen

del Ahorro Individual con Solidaridad que realizó en su momento ante la AFP COLPATRIA que tuvo como fecha de suscripción el 3 de mayo de 1999. En consecuencia, **DECLARÓ** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES; **CONDENÓ** a la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A., a transferir con destino a la Administradora Colombiana De Pensiones - COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros que se hubieran causado; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; **Sin costas** en primera instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De las costas en primera instancia.

La parte demandante argumenta que, no es cierto que las demandadas no hubieran hecho parte del proceso en el caso objeto de controversia en razón a que Porvenir tomó o continuó con la afiliación que se hubiere hecho de manera ineficaz, como lo declaro el *Ad-Quo*, por el fondo Colpatria, pero, sostiene, en ninguna parte, ni siquiera en el historial aportado en su momento en la demanda y en la contestación de la demanda aparece, en la parte donde dice "*otras administradoras*", el cual, argumenta, debió aparecer el tiempo que fue cotizado a Colpatria; lo cual, a su juicio, no aparece porque Porvenir es quien tiene el total de semanas, explica que Porvenir cuando hizo su negociación comercial con Colpatria asumió tanto los beneficios como las obligaciones que Colpatria tuviera en su momento en la manera en que hiciera la negociación.

Sostiene que de ello sí hay lugar a condena en costas en contra de las demandadas, porque la demandante se vio en la obligación de acudir a un estrado judicial y contratar los servicios profesionales de la abogada que tienen un costo y es por ello que solicita se resuelva frente a la imposición de costas en contra de las demandadas.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la prohibición legal para trasladarse contenida en el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

Argumenta la parte demandada COLPENSIONES que es relevante tener en cuenta lo establecido en el literal E del art.13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 del 2003 que dispone que los afiliados al sistema general de pensiones no podrán trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Con base en ello sostuvo que, a su juicio, se logra apreciar que la actora solcito a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional el día 9 de enero de 2020, cuando ya se encontraba dentro de la prohibición legal reseñada.

2. De la validez del traslado.

Sostiene la parte demandada frente a este punto que del interrogatorio de parte se puede observar que existe un desinterés por parte de la demandante en lo que sería su futuro pensional y es de ello, a su juicio, de lo que pretende beneficiarse a partir del proceso judicial en curso solicitando la ineficacia de un traslado que, en su concepto, nació a la vida jurídica con todos los requisitos que la Ley disponía para el momento en que se efectuó el traslado de régimen, esto es con los requisitos formales que establece el Decreto 692 de 1994 en su art. 11.

Del mismo modo, indica que existen unos vacíos dentro de la afiliación en cuanto a la relación entre la administradora de Fondos de pensiones Colpatria y su asesora, la entidad de la fiscalía y el trámite o las circunstancias en que se dio la afiliación de la demandante y, indica, que a quien le va a tocar asumir la carga prestacional más adelante será a COLPENSIONES.

3. Del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y la ratificación tácita.

Argumenta la parte demandada COLPENSIONES que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el art. 48 de la Constitución Política de 1991, adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 que impacta en la reserva pensional.

Sostiene que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente al sistema financiero del régimen de prima media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media y la carga que generaría en lo demás afiliados de soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante, quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media derivando un menoscabo patrimonial a la entidad.

Del mismo modo alega que debe tenerse en cuenta que el Código Civil regula el saneamiento de las nulidades en el caso a través de la figura de la ratificación tácita, es decir, la voluntad de la persona de pertenecer, en este caso de permanecer afiliado durante más de 20 años al régimen de ahorro individual con solidaridad, así que, de haber existido un vicio en el consentimiento, este quedó saneado a través de la figura de la ratificación tácita.

4. De la absolución de costas y la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, la demandada COLPENSIONES solicita que de ser confirmada la sentencia de primera instancia se confirme la absolución de costas y la devolución de aportes con sus respectivos rendimientos y se acceda a la devolución de los gastos de administración toda vez que si bien la entidad que realizó la afiliación fue la AFP Colpatria, la misma fue absorbida comercialmente por la AFP Porvenir, asumiendo así la obligaciones que estaban en cabeza de aquella, lo anterior con fundamento, indica, en atenuar la carga prestacional a COLPENSIONES.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA, efectuado por el (la) señora **Yolanda Reinosa Castrillón** el día 03 de mayo de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colpatría el 03 de mayo de 1999, con efectividad a partir del 1 de julio de 1999 y, posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP HORIZONTE el 29 de septiembre de 2000; luego por cesión por fusión quedó afiliado a la AFP PORVENIR S.A., el 1 de enero de 2014.

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos

fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

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

otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020 que, a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** el expediente administrativo de la demandante y la historia laboral de la demandante. **AFP Porvenir SA aportó:** Certificado de afiliación de la demandante, formulario de afiliación a Colpatria de fecha de radiación 10 de abril de 1999, comunicación del 30 de diciembre de 2016 mediante el cual la EPS sanitas informan que las incapacidades de la paciente superan los 90 días, comunicación emitida por porvenir a la demandante de fecha 5 de enero de 2017, comunicación emitida por Porvenir a la demandante No. 0106521017679900, relación histórica de movimientos, Historia Laboral Consolidada, Bono pensional, Historia laboral OBP, Consulta de viabilidad, SIAFP, comunicado de prensa, concepto de la superintendencia financiera.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 03 de mayo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, Decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 03 de mayo de 1999, la demandante tenía 560.57 semanas (fl.1 y 2 del archivo GRP-SCH-HL 66554 de la subcarpeta comprimida C.C.40376516 EXP.ADM del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 12 de octubre de 1964 – fl.29 del expediente digitalizado) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el 06 de junio de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir SA, la demandante había cotizado más de 1645 semanas, fl.310 del expediente digitalizado), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Ahora bien, conforme a lo manifestado por la demandada COLPENSIONES, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir

del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

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

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Respecto del argumento expuesto por COLPENSIONES, en cuanto a la devolución de gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó:

*“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado 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 las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*

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

Respecto de la manifestación hecha por Colpensiones, en la cual solicita que se ordene el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, como lo es: recursos de la cuenta individual de ahorro con sus respectivos rendimientos y gastos de administración en favor de Colpensiones. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, cabe precisar que la solicitud frente a este punto es acertada, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir,***

cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

Finalmente, frente a lo manifestado por la parte demandante, en cuanto a que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, y COLPENSIONES respecto de la absolución de costas y agencias en derecho de primera instancia, es preciso indicarles que esta no es la oportunidad procesal pertinente para resolver tales peticiones, en consecuencia ha de advertirse que dicha alzada es procedente una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia que pone fin al proceso de la referencia y contra el auto que liquida costas y agencias en derecho.

Bajo las anteriores consideraciones y en virtud al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se **ADICONARÁ** al punto segundo de la sentencia en el sentido de CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados juntos con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje destinados al pago de seguros previsionales y Bonos pensionales; se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Yolanda Reinosca Castrillón** del ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A, el 03 de mayo de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en

este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación con la absolución de la condena en costas en primera instancia.

Teniendo en cuenta la objeción, se MODIFICARÁ el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR SA, en razón a la oposición en contra de las pretensiones de la demanda, y haber sido vencidas en juicio, sin embargo, en cuanto a la tasación de las agencias en derecho, no es la oportunidad ni momento procesal oportuno para discutir las, según lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** al punto segundo de la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos e intereses, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, cuotas

abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje destinados al pago de seguros previsionales y Bonos pensionales.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR SA.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503720200012701)



Aclaró voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503720200012701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503720200012701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 039-2016-00622-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **IGNACIO GAITAN PALACIOS**
DEMANDADO: **ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A. SUC COLOMBIA**
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones por escrito, pese a lo ordenado en auto del 9 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor IGNACIO GATIAN PALACIOS, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A. SUCURSAL COLOMBIA,

debidamente sustentada como aparece de folio 2 a 8 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad llamada a juicio, vigente desde el 7 de enero de 2010 al 20 de junio de 2016.
2. **DECLARAR** que presentó renuncia por “justa causa” el día 20 de junio de 2013.
3. **DECLARAR** que la entidad demandada es la responsable del pago de los pasivos, indemnizaciones y reajustes laborales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a la sociedad demanda al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, causadas desde el 7 de enero de 2010 al 20 de junio de 2016.
2. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, prevista en el artículo 65 del C.S.T, así como de la indemnización por despido injusto.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La compañía **ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones, tal como se advierte del escrito que obra de folio 13 a 23 del expediente digital.

El Juzgado de origen, por auto del 23 de agosto de 2017, tuvo por contestada la demanda por parte de la compañía llamada a juicio (folio 5 carpeta 3).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de marzo de 2021, **DECLARÓ PROBADAS LAS EXCEPCIONES** de terminación del contrato de trabajo conforme a derecho; el cargo que siempre desempeñó el

demandante fue el de coordinador senior de operaciones y el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones formuladas por la parte demandada, y, en consecuencia, **DENEGÓ** las pretensiones de la demanda y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: i) El cargo desempeñado ii) Pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones. iii) Indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

Dentro del presente trámite no existe controversia, respecto de la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, el cual estuvo vigente entre el 7 de enero de 2010 y el 25 de junio de 2013, al así reconocerlo la compañía llamada a juicio y corroborarse del contrato de trabajo que obra a folio 24 del plenario.

Por otra parte, se encuentra probado del contrato de trabajo visto a folio 24 del plenario, que la modalidad de la relación se pactó por obra o labor determinada, pero a partir del 1 de junio de 2012, fue modificado en el entendido de pasar a tener una duración indefinida (folio 27).

NIVELACION SALARIAL

Aduce el demandante que el cargo para el cual fue contratado fue el de coordinador senior de operaciones, pero que a partir del mes de agosto de 2010, se le encargo el área de Back Office: *“Desde el mes de agosto de 2010 siendo coordinador senior de operaciones para Atento teleservicios de España, por orden del jefe de servicio de ese momento Luis Orlando Gómez Parada, se me encargo*

el área de Back Office (Gestión Comercial), con un total de 10 Coordinadores a cargo y una plantilla superior a 00 agentes, era el responsable del resultado comercial de la sede de Bucaramanga, manejando tres segmentos de manera transversal, (Negocios y profesionales, Telefonía Fija y telefonía Movil (Movistar), tenía las responsabilidades y tareas propias del cargo subsecuente que era responsable de la unidad de servicio, a quien le corresponden por cantidad de personal y funciones propias del cargo”

Mientras que la entidad accionada aduce que el actor nunca participó en un proceso de ascenso o plan de carrera, que además el cargo de Responsable de Unidad de Servicios, estaba asignado a otras personas quienes desempeñan funciones completamente diferente a las encomendadas al accionante.

Así las cosas, sabido es que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, y así lo ha adocinado la Sala de Casación en sentencias con radicado n.º21779 de 2014 y 45089 de 2016, al indicar *«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado»*

Por otra parte, el artículo 143 del C.S.T, prevé: *“A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”*, principio por demás de rango constitucional.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5642 de 2018 y SL14349 de 2017, indicó frente al tema lo siguiente:

“La Sala considera que la nivelación salarial puede darse en circunstancias diferentes a las estrictamente señaladas en el artículo 143 citado. Ese artículo, en efecto, después de fijar los límites del principio a trabajo igual, salario igual prohíbe establecer diferencias en el salario por estos otros motivos: edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. No es una relación

exhaustiva de motivos, pues lo que la norma prohíbe es la discriminación, la trasgresión afrentosa del principio de igualdad. El artículo 5º de la Ley 6ª de 1945 dice a su vez que la diferencia de salarios en ningún caso podrá fundarse en estos factores: nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

El principio es entonces que a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual. Y se complementa con una prohibición que sanciona la diferencia de salarios por motivos de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales y que significa la prohibición del trato desigual, injusto, afrentoso.

El tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial. Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral. ”

Conforme a lo anterior, si el demandante alega haber desempeñado un cargo que difiere con el señalado por el empleador, es lógico que dicha parte tiene la carga probatoria de acreditar los presupuestos o supuestos fácticos en que soporta la pretensión.

Por ende, al analizar el material probatorio incorporado por el demandante, se observa que allegó unas certificaciones laborales, las cuales indican el extremo inicial de la relación laboral, la modalidad del contrato de trabajo, el cargo desempeñado –COORDINADOR SENIOR DE OPERACIONES- y el salario devengado, presupuestos estos que no se encuentran en controversia, sin que de los mismos se pueda determinar que el actor hubiese desempeñado funciones propias del cargo denominado “Responsable de Unidad de Servicios.” (Folio 46-59)

Idéntica situación ocurre con los comprobantes de nómina, que obra de folio 60-99, en la medida que ratifican el cargo asignado al demandante, esto es, COORDINADOR SENIOR DE OPERACIONES, y el salario devengado, mas no aquel que se enuncia en el libelo inicial.

Así mismo, el demandante al absolver el interrogatorio de parte, aseguró que durante la vigencia de la relación laboral desempeñó la actividad de Coordinador Senior de Operaciones, y que el objetivo del cargo era el manejo y control de personal.

Entre tanto la parte pasiva de la relación, allegó el contrato de trabajo que suscribió con el actor, en el que se indicó que el cargo acordado era el de coordinador de operaciones, así mismo se incorporó la descripción del puesto de trabajo, precisándose como funciones:

“Supervisar la atención de demanda tráfico efectuando ajustes en la distribución del personal por turnos, apuntando a maximizar la cobertura y garantizar la calidad del servicio requerido.

-Administrar la asignación de talento humano, económico y material, asociado a los servicios asignados de acuerdo a la programación de actividades definidas, a fin de garantizar el cumplimiento de los niveles de servicio requerido.

-Elaborar reportes de acuerdo a las tareas asignadas.

-Cumplir y hacer cumplir la normatividad en el sistema de calidad de la empresa.

-Brindar soporte de conocimientos a los agentes.

-Controlar el comportamiento de los indicadores de gestión de la campaña.

-Realizar todas las gestiones para controlar la calidad del servicio en el área de Backoffice y en el front.

-Realizar la orientación y motivación a su grupo a cargo respecto de la gestión comercial requerida para que desde el área de BO y front se afiancen las ventas de los agentes.

-Liderar grupos de personas que realizan ventas en el front y BO.

-Cumplir con los requerimientos que de forma verbal o por escrito se realicen.

-Realizar todas las demás actividades que giran en torno a las funciones de coordinador senior.

Adicionalmente, se escuchó el testimonio de la señora MARTHA LILIANA ANGEL BOHORQUEZ, quien aseguró que el señor IGNACIO GAITAN PALACIOS, nunca desempeñó el cargo de Responsable de unidad de servicio, sino el de Coordinador senior de operaciones, consistente en: *“sus funciones son gestionar agentes, dependiendo de la campaña, se establece la cantidad de personas que va a gestionar, y pues dependiendo la campaña también las funciones específicas que*

tiene ese grupo de personas, pues dentro de la gestión del equipo debe conseguir unos objetivos que tengan asignados en el equipo y preocuparse por la gestión de las personas en términos de reportar asistencia, el tema de nóminas.”

La mencionada testigo también señaló cuales eran las funciones asignadas al Responsable de Unidad de Servicios y al Coordinador Senior de operaciones, así: *“jerárquicamente está por encima de los coordinadores, y se encarga de gestionar todo un servicio de principio a fin, puede tener a cargo 15, 20 coordinadores, los coordinadores a su vez 15 o 20 asesores, pueden estar gestionando 400 personas, se encarga de tener contacto con el cliente, de gestionar con el cliente la parte que le toque y gestionar con su equipo la consecución de su equipo (...) Responsable de unidad de servicio, como su nombre lo indica, es responsable de todo una campaña o un servicio, a veces por las dimensiones puede haber más de dos responsable de un servicio, pero suele ser responsable de la gestión con el cliente de todo el tema de consecución de objetivos, la diferencia con el coordinador es que el coordinador solo gestiona dentro de ese universo de servicio, gestiona un grupo de persona para conseguir ese resultado planteado dentro de la campaña”*

Por otra parte, la testigo CLAUDIA JULIANA URBINA, manifestó desempeñar el cargo de Responsable de Unidad de servicio, en la compañía demandada desde el año 2011, también aseguró que el actor, durante la relación laboral, ejecuto actividades de Coordinador senior de operaciones, cargo totalmente diferente al que ella desarrolla: *“porque nosotros tenemos el contacto directo con el cliente, el coordinador no lo tiene, nosotros somos los que manejamos digámoslo así para que me entienda, las múltiples seguimiento con el cliente y somos los responsables directos de manejar la situación ya sean resultados, en previsión, en temas de tráfico, en manejo del personal directo, el cliente no tiene contacto con el coordinador, somos nosotros los que hacemos la responsabilidad de bajar la información con los resultados y seguimientos al cliente como tal, nosotros, el responsable de servicio, mi nombre lo dice, yo tengo bajo mi cargo una cantidad de coordinadores con los cuales manejo el resultado de esto, de estos seguimientos o de estos KPI yo tengo que divulgar o soy responsable de exponer al cliente”*

Luego entonces, del material probatorio reseñado resulta claro que las funciones que relaciona el accionante en la demanda, son propias del cargo de Coordinador senior de operaciones, actividad para la cual fue contratado y desarrolló durante todo el vínculo laboral, sin que hubiese probado la ejecución de oficios propios del cargo de Responsable de Unidad de Servicio, para así acceder a la nivelación salarial, y a la reliquidación de prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES.

Aun cuando para la Sala no queda claro, si las sumas descritas en el acápite de pretensiones por cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y primas se derivan de una reliquidación, como consecuencia del salario alegado o si lo peticionado es que se cancelen, por cuanto durante la relación laboral no fueron reconocidas por el empleador, independiente del salario, se resolverá esta última situación, ya que como se consideró precedentemente, no hay lugar a la reliquidación, al no probarse la remuneración descrita en el libelo inicial.

Ahora, en la demanda se precisó que la entidad accionada adeuda las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones que se causaron desde el 7 de enero de 2010 hasta el 20 de junio de 2013, suplicas que no salen avante, por las siguientes consideraciones:

-El demandante al absolver el interrogatorio de parte aseguró que las cesantías le fueron reconocidas y pagadas por la entidad empleadora, sumado a que el archivo 7 del expediente digital, demuestra su consignación por aquellas causadas durante los años 2010, 2011 y 2012, en tanto las correspondientes al 2013, fueron pagadas en la liquidación final (folio 37 archivo 2)

-Aunado a lo anterior, los reportes de nómina vistos de folio 53 a 59, cuyo contenido no fue desconocido por el actor, dan cuenta del pago de las primas de servicios de los años 2010, 2011, 2012 y 2013, así como de los intereses sobre las cesantías y vacaciones.

En este orden de ideas, no hay lugar a proferir condena por prestaciones sociales, ni vacaciones, causadas durante la vigencia de la relación laboral, al estar debidamente probado su pago, lo que a su vez genera la absolución frente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto solo procede ante la falta de pago de salarios y prestaciones a la finalización del contrato de trabajo, situación que como bien se mencionó no ocurre en el asunto de marras.

DESPIDO INDIRECTO

Afirma el demandante, que se vio obligada a presentar renuncia por “justa causa”, por lo que considera hay lugar a reconocer y pagar la indemnización por despido injusto.

En punto a la obligación que tiene quien termina el contrato de trabajo de manera unilateral por justa causa, de informar los hechos o motivos que dieron lugar a dicha determinación, la Sala de Casación Laboral ha sostenido, de manera reiterada y pacífica, entre otras en la sentencia con rad. 44155 de 2012 y SL 666 de 2019, lo siguiente:

*“El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión **debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma**, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte **que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)***

Con base a lo anterior y al examinar la renuncia presentada por el aquí de demandante, de fecha 25 de junio de 201, se considera que el actor no puso en conocimiento del empleador los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, al indicar únicamente: “*presento mi renuncia voluntaria al cargo de supervisor de operaciones senior que desempeñe hasta el día de junio de 2013.*”

Por lo tanto al evidenciarse que el actor al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, solo manifestó que ello obedecía a una decisión adoptada de manera voluntaria, no podía alegar con posterioridad hechos que no relacionó o puso en conocimiento de su empleador, tan es así que ni siquiera en el acápite de hechos de la demanda expuso la motivación de dicha determinación, por lo que no se puede considerar que las causas fueron imputables a la convocada a juicio.

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo de 2021, por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310503920160062201)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310503920160062201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503920160062201)

