



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2018-00118-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) septiembre de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: OSWALDO PANTANO BELLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de marzo de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folio 175 a 178) y Porvenir SA (folios 189 a 196) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) OSWALDO PANTANO BELLO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 9 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- Declarar la nulidad de la afiliación que hizo el señor Oswaldo Pantano Bello a la AFP Porvenir SA, y a través de la cual se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual.
- La libertad del señor Oswaldo Pantano Bello de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida al declararse la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir SA.
- Que el señor Oswaldo Pantano Bello, tiene derecho a su pensión de vejez sea tramitada en el régimen de prima media con prestación definida, con fundamento en lo establecido en el Ley 797 de 2003, al cumplimiento de la edad, es decir a los 62 años, ya que las semanas las supera ampliamente.

CONDENATORIAS:

- A Colpensiones a recibir al señor Oswaldo Pantano Bello como afiliado cotizante.
- A Porvenir SA a liberar de sus bases de datos al señor Oswaldo Pantano Bello y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida.
- A Porvenir SA y a Colpensiones al pago de costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 67 a 72) y PORVENIR SA (fls. 97 a 128), de acuerdo al auto visible a folio 139. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de marzo de 2020, **Absolvió** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la AFP Porvenir SA, de todas las pretensiones incoadas en su contra. **Costas** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la AFP no demostró el asesoramiento al actor, acorde con lo ordenado con el Decreto 663 de 1993, precisando que los fondos de pensiones tienen la obligación de informar a sus posibles afiliados como es el manejo del capital, extremos, beneficios y diferentes proyecciones, esto es una obligación que tienen los fondos, toda vez que los afiliados no son expertos financieros para poder manejar la información. Por otro lado, el actor estuvo en una reunión, como lo manifestó en su interrogatorios, con un grupo de 80 personas aproximadamente, y el asesor tan solo se acercó y le entregó el formulario para que lo firmara, trayendo a colación la sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019, resaltando que los fondos privados tan solo hacen ver los beneficios económicos, sin realizar una diferencia económica que al momento del retiro puede ser beneficioso. Ahora bien, no se hace referencia a la importancia que tiene la aplicación del estatuto orgánico de la época, no se tiene en cuenta el Decreto 663 de 1993, el cual es de obligatorio cumplimiento, toda vez que el actor no tuvo comunicación con su asesor, pues no le dio oportunidad tampoco de poder generar las preguntas pertinentes para su futuro pensional. No basta con la simple suscripción del formulario, sino que debió mediar asesoramiento conforme el ordenamiento legal, sin embargo Porvenir nunca dijo porque si o porque no, dio aplicación al Decreto 663 de 1993, por lo que solicita se tenga en cuenta las pruebas aportadas al plenario.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

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) OSWALDO PANTANO BELLO el día 13 de julio de 1995; **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 afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que, contrario a lo afirmado por el Juez de instancia, no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proviene

del régimen de prima media con prestación definida, pues a pesar de que en historial SIAFP expedido por ASOFONDOS no se relaciona que la demandante se haya trasladado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y que a simple vista pareciera que su afiliación inicial fuera al RAIS, lo cierto es que al revisar la documental allegada al expediente, se logra acreditar que el actor se afilió inicialmente al régimen de prima media administrado para ese entonces por el Fondo de Pensiones de la Beneficencia de Cundinamarca, tal y como se acredita del reporte de historia laboral expedido por Colpensiones actualizado el 18 de mayo de 2018, visto a folio 71 del plenario, en el que se acredita que laboró para la Beneficencia de Cundinamarca desde el 12 de abril de 1996 (fl. 71), situación que se colige de la sábana de bono pensional impreso el 8 de agosto de 2019 por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 121 y 122), así como del interrogatorio de parte, en el que el demandante afirmó trabajar para dicha entidad desde el 2 de noviembre de 1988, como asistente administrativo, y a partir del año 1996, pasó a ser técnico administrativo con funciones de supervisión de contratos de los Municipios, y posteriormente como encargado de la oficina de pensiones asistenciales, por lo que a pesar de que no reposa otro tipo de material probatorio que acredite efectivamente desde cuándo comenzó a laborar para la Beneficencia de Cundinamarca, lo cierto es que se encontraba afiliado para el régimen de prima media administrado para ese entonces por el Fondo pensional de la Beneficencia de Cundinamarca.

D.P.M.P.D.
1996
1995
Pl
100
Rechazo
del fallo
en un
fallo
COTI -

En ese orden, se despacha desfavorablemente el argumento expuesto por el Juez de primera instancia, relacionado a que el demandante no estuvo afiliado al régimen de prima media, trayendo a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrino *"Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."*

Aclarado que la demandante proviene del régimen de prima media solicitó trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir SA, el 13 de julio de 1995, con efectividad a partir del 13 de julio de 1995, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria el 24 de julio de 1997, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1997 y finalmente solicitó trasladarse nuevamente a la AFP Porvenir SA el 27 de marzo de 2000, efectivo a partir del 1 de mayo de 2000 (fl. 111).

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 de 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 10° 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.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 67 a 72) y PORVENIR SA (fls. 97 a 128). Colpensiones: aportó la historia laboral y el expediente administrativo del demandante. Porvenir SA aportó: formatos

de vinculación (1995, 1997 y 2000), historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes a Porvenir SA, sábana de bono pensional, semanas cotizadas para la pensión, historia laboral en Porvenir SA, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de julio de 1995, 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, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Efrén Rojas (fl. 108), 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.

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.

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, estableciendo 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 la AFP Porvenir SA.

En otro giro, 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, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el fallo proferido en primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del régimen de prima media a la AFP Porvenir SA el 13 de julio de 1995, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos

que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del régimen de prima media a la AFP Porvenir SA el 13 de julio de 1995, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

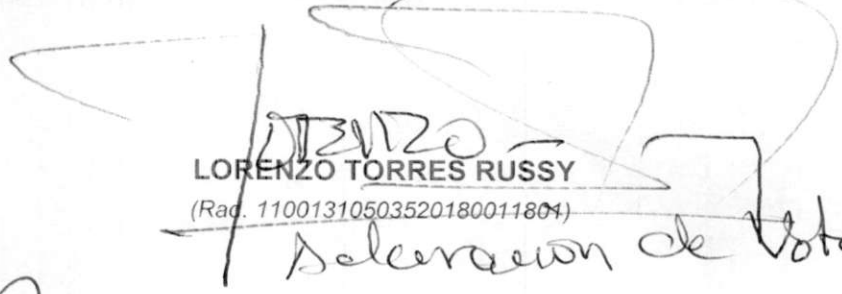
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520180011801)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503520180011801)

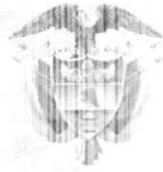
Selección de voto.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503520180011801)

Adopción de voto.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 25-2018-00689-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **GLADYS CAMINO MALDONADO** en representación del señor
HAROLD CAMINO MALDONADO
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandante (fl. 89 a 94) y Colpensiones (fl. 66 a 68) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **HAROLD CAMINO MALDONADO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 1 y 2):

Declaraciones:

- 1) Que el señor **HAROLD CAMINO MALDONADO**, tiene derecho a percibir la sustitución pensional del causante **ISRAEL CAMINO MALDONADO**, según lo dispuesto en el literal C del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Condenas:

- sobrevivientes suspendida en forma vitalicia en proporción al 50%, en calidad de cónyuge hasta el 27 de enero de 2004.
- 3) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones acrecentar, liquidar y pagar al señor HAROLD CAMINO MALDONADO, la pensión de sobrevivientes suspendida en forma vitalicia, en totalidad del 100% en calidad de cónyuge hasta el 27 de enero de 2004, hasta la fecha de inclusión en nómina.
 - 4) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar al señor HAROLD CAMINO MALDONADO las mesadas pensionales causadas y dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, 27 de enero de 2004, y hasta que las mismas sean reconocidas en nómina de pensionados.
 - 5) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar al señor HAROLD CAMINO MALDONADO, las mesadas adicionales (prima mitad de año y navidad) causadas y dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, desde el 27 de enero de 2004.
 - 6) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar al señor HAROLD CAMINO MALDONADO los reajustes anuales sobre la pensión reconocida correspondiente a los años 2004 hasta 2018 y los que se causen hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.
 - 7) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar al señor HAROLD CAMINO MALDONADO los intereses moratorios conforme lo ordena el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto de todas y cada una de las mesadas causadas y no canceladas desde la fecha de causación de cada mesada y hasta que las mismas sean canceladas en nómina de pensionados.
 - 8) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 32 a 36) de acuerdo al auto visible a folio 44. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Que en audiencia celebrada el 15 de julio de 2020, en la etapa de fijación del litigio se tuvo por demandante a la señora GLADYS CAMINO MALDONADO, en representación del señor HAROLD CAMINO (fl. 57).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de agosto de 2020. Que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones debe reconocer a HAROLD CAMINO MALDONADO, representado por su guardadora, la señora GLADYS CAMINO MALDONADO, en un 100% la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del pensionado, señor ISRAEL CAMINO PEDROZA (QEPDA) el 27 de enero de 2004, pensión que fue sustituida inicialmente a su progenitora a la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO (QEPD), y a partir del fallecimiento de ésta última, es decir, a partir del 2 de junio de 2017, en cuantía inicial de \$2.577.553 y en adelante, mientras subsistan las causas que le dieron origen a la sustitución pensional. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de

Pensiones – Colpensiones a reconocer y cancelar a favor del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, representado por su guardadora, la señora GLADYS CAMINO MALDONADO, por concepto de retroactivo pensional de la sustitución pensional en la suma de \$11.151.426, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo reconocido, que a la fecha asciende a la suma de \$37.136.277, liquidada con la tasa vigente al momento de su pago. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 a favor del demandante interdicto. **AUTORIZÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones a descontar de los valores aquí reconocidos, lo concerniente al pago único por herederos que le fuese reconocida a la activa, por la suma de \$2.929.374 ordenada mediante resolución No. DPN 1342018 del 23 de enero de 2018, así mismo **AUTORIZÓ** a Colpensiones a descontar las mesadas pensionales que se hubieren pagado de ser el caso, por concepto del mecanismo transitorio por la acción constitucional que ordena el reconocimiento y pago de la pensión que aquí se ordena.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

RETROACTIVO PENSIONAL: Solicita se modifique parcialmente la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de reconocer la prestación a favor del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, 3 años atrás al reconocimiento del agotamiento de la vía gubernativa, en un 50% hasta el momento en que haya fallecido la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, toda vez que no se demostró que el demandante haya recibido esas cantidades de dinero.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

SUSTITUCIÓN PENSIONAL: Solicita se revoque la condena impuesta en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que no se evidencia dictamen de pérdida de capacidad laboral, y los documentos que aduce el juez de instancia no reúnen los criterios dados en el formato del dictamen adoptado por la Resolución 1971 de 1999 y del Decreto 917 de 1999, máxime si se tiene en cuenta que es deber de las Juntas realizar los exámenes médicos y la valoración para determinar el estado de salud de la persona, por lo cual éste es el encargado de realizar tanto un examen físico, como un estudio a la historia clínica del paciente, con el ánimo de determinar el tipo de procedimiento a realizar, aunque la EPS o ARL de los beneficiarios o quien corresponda, aporten diagnósticos y evaluaciones técnicas, los dictámenes de la pérdida de capacidad laboral aunque no son considerados como datos administrativos, los mismos deben estar debidamente motivados. Debe tenerse en cuenta que deben contener fundamentos para hacer relación con aquellos hechos que se relacionan con la ocurrencia

determinada en la contingencia o la enfermedad, esto supone la valoración de la historia clínica, reportes, exámenes médicos periódicos, exámenes físicos y todo aquello que pueda servir de prueba para certificar la patología que padece la persona.

En ese orden, el procedimiento de la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral está establecido en los artículos 38 a 43 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen el procedimiento a seguir para obtener esa calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual debe realizarse conforme los parámetros establecidos en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de la calificación. Por su parte, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece la competencia para las entidades promotoras de salud, los fondos de pensiones y las administradoras de riesgos laborales, que asuman el riesgo de invalidez a calificar, y también la pérdida de capacidad laboral, es por eso que los documentos que fueron tenidos en cuenta al momento de dictar ésta sentencia no reúnen los requisitos, haciendo énfasis en el manual único para calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación.

No obstante la interposición del recurso de apelación, en atención a que la sentencia fue adversa a la entidad demandada, la Sala también avocará su conocimiento en el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Si conforme al material probatorio recaudado, el señor HAROLD CAMINO MALDONADO, en calidad de hijo inválido, dependía económicamente de su padre ISRAEL CAMINO PEDROZA al momento de su fallecimiento, y por lo tanto, si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, **2.** Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **3.** Indexación.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no es motivo de discusión que al señor ISRAEL CAMINO PEDROZA le fue reconocida una pensión de vejez por parte del extinto ISS hoy Colpensiones, mediante resolución No 4342 del 20 de junio de 1989 a partir del 1 de agosto de 1988, en cuantía inicial de \$111.479, ordenando el incremento del 14% por hijo inválido, conforme se desprende de la resolución SUB 127892 del 12 de mayo de 2018 que reposa en el expediente administrativo, visto a folio 42 del plenario.

Que mediante resolución No. 018832 del 16 de julio de 2004, el extinto ISS hoy Colpensiones reconoció sustitución pensional a favor de la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, en calidad de cónyuge supérstite, en cuantía de \$1.529.557, encontrándose actualmente retira por fallecimiento, conforme se desprende de la resolución SUB 127892 del 12 de mayo de 2018 que reposa en el expediente administrativo, visto a folio 42 del plenario.

Que mediante sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección E, el 14 de julio de 2020, se concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, ordenó la suspensión transitoria de los efectos de la resolución SUB 127892 del 12 de mayo de 2018, que negó la pensión de sobrevivientes y ordenó a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a favor del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, así mismo, disponer la continuación en la prestación de los servicios de salud al mismo, hasta que la situación objeto de controversia sea resuelta definitivamente por la jurisdicción ordinaria laboral (fls. 46 a 55).

RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Frente a la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, derivados directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.** De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que el señor ISRAEL CAMINO PEDROZA falleció el **27 de enero de 2004**, conforme el registro civil de defunción obrante a folio 20 del expediente, la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del asegurado, es decir las contenidas en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 el cual modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiario de la pensión de sobrevivientes entre otros, los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante, esto es que no tengan ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez

Ahora bien, es del caso precisar que tampoco es motivo de discusión que el señor HAROLD CAMINO MALDONADO es la hijo del causante ISRAEL CAMINO PEDROZA, conforme se acredita del registro civil de nacimiento visto a folio 22 del plenario, cumpliéndose de esta manera con uno de los requisitos contenidos en el artículo 13 de la citada Ley.

Por otro lado, de conformidad con la comunicación médico laboral practicada al señor HAROLD CAMINO MALDONADO que reposa en el expediente administrativo, proferida por el Instituto de Seguros Sociales el 29 de enero de 2007 y suscrita por la Dr. Santiago Buendía Vásquez, Médico especialista S.O. – Medicina Laboral Pensiones, se indica que el actor padece de retraso mental – moderado, secuelas de meningitis, con una pérdida de capacidad laboral del **55%**, con fecha de estructuración del 1 de febrero de 1972, y en el que se hace la anotación que “no puede decidir por sí mismo” (fl. 42).

Ahora, a fin de acreditar la **dependencia económica**, del señor HAROLD CAMINO MALDONADO, respecto de su padre, ISRAEL CAMINO PEDROZA, se practicó el testimonio de la señora ANA JOSEFA ROSAS QUINTERO, quien indicó ser familiar del causante, porque vivieron en el mismo barrio hace más de 50 años. Que el causante estuvo casado con la señora Alicia Maldonado y tuvieron 5 hijos. Que el causante falleció hace 16 años, esto es, en el año 2004. Que la esposa del causante falleció 3 años. Que el señor Harold Camino es una persona inválida desde pequeño, siempre se le vio su invalidez y discapacidad. Que tiene conocimiento que el demandante fue declarado interdicto, y su hermana es la que lo representa. Que sus padres siempre vieron por su hijo inválido. Que el demandante a pesar de ser una persona adulta, toca estar pendiente de él, en cada situación, pues es como un niño pequeño, hay que ayudarlo en todo porque le afecta su motricidad, hay que vestirlo, sentarlo a la mesa, dirigirle su comida, no puede dejársele solo, ni dejarlo salir solo, etc. Que el demandante no tiene ninguna ayuda económica de ningún familiar, ni de un tercero, ni de ninguna entidad, a Gladys la hermana mayor, es la que vela para subsistir ambos, para la medicina, transportes, servicios, comida, etc. Que los otros hermanos del demandante ya murieron, solo quedan Gladys y Harold, que no tiene trabajo, y que solo viven del arriendo de una habitación que tienen en la casa.

Por otro lado, se allegó al plenario declaración extra proceso rendido por la señora Gladys Camino Maldonado, que en su calidad de hermana y curadora del demandante, quien presenta condición de discapacidad, declara que el señor HAROLD CAMINO MALDONADO dependía económicamente en todo aspecto de su padre, el causante, el señor ISRAEL CAMINO PEDROZA (fl. 19).

Se allegó igualmente, declaración extra juicio de Ingrid Alexandra González Camilo, que reposa en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, visible a folio 42 del plenario, quien manifestó ante la notaría 67 del círculo de Bogotá bajo la gravedad de juramento que conoce de vista trato y comunicación desde hace más de 40 años al Señor Harold Camilo, quien es una persona con discapacidad por meningitis, adujo constarle que dependía para la alimentación, vivienda, salud y vestuario de su padre, el Señor Ismael Camilo Pedraza hasta el día de su fallecimiento el pasado 27 de enero de 2004.

Conforme el material probatorio anteriormente señalado, se logra acreditar la dependencia económica del señor HAROLD CAMINO, respecto de su padre, el señor ISRAEL CAMINO.

Ahora entra la Sala a determinar si el señor Harold Camino es considerada una persona inválida, vale la pena traer a colación el inciso final del literal c) del artículo

47 de la Ley 100 de 1993, que establece "Para determinar cuándo hay invalidez, se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1003".

En ese sentido, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dispone:

ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. *Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

En ese sentido, analizado los documentos allegados en el expediente administrativo aportado por Colpensiones (fl. 42), se observa que obra documental emitida por el mismo Instituto de Seguros Sociales, que data del 9 de septiembre de 1998, bajo el consecutivo No. sml-sc y DE No. 2052, mediante el cual, la Dra. Martha Lucía Franco, en su calidad de médico laboralista de la seccional Cundinamarca D.E., comunica a la señora María Ospina OAP UPZ 13 NORTE que:

"En atención a su comunicado del 6 de agosto de 1988, relacionado con el caso del beneficiario Camilo Harold, hijo del asegurado Israel Camilo Pedraza No. De afiliación 900114971 y C.C. 114.971 de Bogotá, me permito manifestar que presenta retardo mental moderado 'requiere curador', en la actualidad si configura un estado de incapacidad permanente total" que en la actualidad si (x) no () configura un estado de incapacidad permanente total."

Reiterando que ésta documental contiene sellos oficiales del extinto ISS, entre ellos, el de la División de Seguros Económicos – Seccional Medicina Laboral – Médico Laboralista, Seccional Cundinamarca y el Distrito Especial, así como del área de la Contraloría General de la República – Auditoría Especial del ISS Seccional Cundinamarca D.E., Carlos Julio Trujillo – Revisor de documentos.

Igualmente, obra comunicación con fecha 13 de diciembre 1990, consecutivo sml-sc y DE No. 4597, por medio de la cual el doctor Pedro Alfonso Contreras Rivera, en su calidad de médico laboralista de la seccional Cundinamarca y D.E., comunica la doctora Nancy Sierra Sierra - Coordinadora Prestaciones Económicas de la UPZ NORTE que:

"En atención a su comunicado de octubre 25 de 1990, relacionado con el caso del beneficiario Harold Camilo Maldonado C.C. 11.320.220 de Girardot, hijo del asegurado Israel Camilo, Me permito manifestar que presenta retardo mental moderado.

Que en la actualidad si (x) no () configura un estado de incapacidad permanente total. REQUIERE CURADOR."

Nuevamente se resalta que la misiva en comento contiene también sellos de la entidad accionada entre las cuales los de la división segunda seguros económicos jefe decisiones Medicina Laboral de la Seccional Cundinamarca.

Así mismo, reposa comunicación de fecha 29 de enero de 2007 consecutivo SC ML 00122, mediante la cual, el Dr. Santiago Buendía Vásquez - Médico especialista

S.O. – Medicina Laboral de Pensiones del Instituto de Seguro Social, dan respuesta a la Dra. Tamara Torres del CAP Fontibón, Seccional Cundinamarca, donde expresa

“Me permito comunicarle que se practicó evaluación médico laboral a Camilo Maldonado Harold, con cédula de ciudadanía 11.320.220 con los siguientes resultado:

Paciente de 52 años con retraso mental moderado secuelas de meningitis. De acuerdo con el Manual único para la calificación de invalidez, su pérdida de capacidad laboral es de CINCUENTA Y CINCO POR CIENTO (55%) discriminada de la siguiente manera:

Deficiencia 30%, Discapacidad 10% y Minusvalía 15%.

Fecha de estructuración: 1 de febrero de 1972.

NO PUEDE DECIDIR POR SI MISMO.”

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica, específicamente a la acreditación de la invalidez del señor Harold Camino.

Así las cosas, y de acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso, se concluye que el señor HAROLD CAMINO MALDONADO acreditó su condición de inválido, y que por el contrario, no son de recibo para ésta Sala de decisión los argumentos expuestos por Colpensiones que desconoce el estado de invalidez del demandante, toda vez que con la documentación relacionada anteriormente se logra acreditar que el señor Harold Camino Maldonado tiene una pérdida de capacidad laboral del 55% y fecha de estructuración del 1º de febrero de 1972, situación que se encuentra debidamente acreditada con la documental que reposa en el expediente administrativo, el cual fue allegado por la misma entidad convocada a juicio, resaltando que la entidad accionada no puede desconocer los documentos que ésta misma ha emitido desde el año 1988, conforme se observa con antelación, trayendo a colación el artículo 1º y 2º del Decreto 917 de 1999, que disponen:

Artículo 1º. Campo de aplicación. *El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5º de la Ley 361/97.*

Artículo 2º. Definiciones de invalidez, incapacidad permanente parcial, capacidad laboral y trabajo habitual. *Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptense las siguientes definiciones:*

a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Así mismo, vale la pena traer a colación la sentencia SL351 con Rad. 74431 del 12 de febrero de 2020, mediante la cual, nuestro máximo órgano de cierre ha adoctrinado:

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo sostenido en la sentencia de 27 de abril de 1977, ratificada, entre otras, en sentencias CSJ SL,5 de nov. de 1998, rad.11.111 y SL6035-2015 cuando al efecto se dijo:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se requiere únicamente que una persona acredite que ha perdido el 50% de su pérdida de capacidad laboral para que sea considerado como inválido, por lo que, en el presente asunto, al estar debidamente acreditado que el señor Harold Camino padece el 55% de pérdida de capacidad laboral, conforme la documental que emitió la misma entidad accionada, y la cual fue aportada en el expediente administrativo, sin perder de vista que el mismo Instituto de Seguros Sociales al momento de reconocer la pensión de vejez mediante resolución No. 4342 del 20 de junio de 1989 a favor del señor ISRAEL CAMINO, reconoció el incremento del 14% por hijo inválido, razón por la cual habrá de tenerse por acreditado dicho requisito, y apartarse de los argumentos expuestos por la entidad demandada en sus resoluciones, quien desde el año 1988 ha venido manifestando que el mismo solicitante padece de un retardo mental moderado y requería curador, por tanto se configura un estado de incapacidad permanente total, de suerte tal que no se comparte de manera alguna los argumentos expuestos por la pasiva al momento de negar la sustitución pensional.

Así las cosas, se acredita el cumplimiento de los requisitos por parte del señor HAROLD COMINO MALDONADO para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su padre ISRAEL CAMINO PEDROZA, desde el mismo momento en que falleció el causante, lo anterior por haber acreditado ser hijo inválido del causante y depender económicamente de su padre para el momento de su fallecimiento.

Ahora, de conformidad con las pruebas recaudadas dentro del plenario se acredita que el actor padece de retardo mental – moderado secuelas meningitis, desde meses de haber nacido, que su enfermedad no tiene cura, es decir no es posible su rehabilitación y que conforme con lo establecido, requiere estar siempre bajo la tutela de un adulto responsable, tal es el caso de su hermana Gladys Camino, que funge como su curadora, de tal manera que se trata de una persona incapaz de manera absoluta.

Ahora bien, conforme con el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, debe en primer lugar ser legalmente capaz, condición que como está demostrado no tiene el demandante, se repite, se hizo la observación por el mismo Instituto de Seguros Sociales que el señor Harold Camino Maldonado padece de retraso mental, conforme comunicación del 29 de enero de 2007, documental emitida por la otrora ISS hoy Colpensiones, y en esa medida, no está en capacidad de ser parte dentro de una relación laboral, que le permita sostenerse económicamente, ni de desarrollar labor alguna, quien, conforme lo manifestado por el Médico Especialista de Medicina Laboral Pensiones del extinto ISS "**NO PUEDE DECIDIR POR SI MISMO**", y de acuerdo al testimonio practicado a la señora ANA JOSEFA ROSAS QUINTERO, el señor Harold Camino, debe estar acompañado para cada actividad que realiza a diario, desde bañarse, vestirse, comer, que inclusive no puede salir solo a la calle dada su patología, por lo que requiere estar acompañado por un adulto en todo momento, de tal manera que se trata de un incapaz absoluto, incluso que ni siquiera puede médicamente pensarse en una rehabilitación, ya que la patología que padece el actor, no es posible su rehabilitación.

No deja atrás esta Sala que si bien el señor HAROLD CAMINO no solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al momento del fallecimiento de su padre, lo mismo obedeció a su misma situación de discapacidad, resaltando que el mismo es un incapaz absoluto, que no le permite solicitar el reconocimiento de una prestación y no puede éste cargar con la omisión de su curadora legítima de no haber solicitado por aquel el reconocimiento de la prestación.

Así pues, si bien después del fallecimiento del señor ISRAEL CAMINO, se le reconoció el 100% de la pensión de sobrevivientes a la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, en calidad de cónyuge supérstite, lo cierto es que lo procedente debió haber sido el reconocimiento del 50% a la cónyuge supérstite y otro 50% al hijo inválido del causante, y al momento del fallecimiento de uno de éstos, se acrecentaría la mesada pensional al otro beneficiario, sin que por tanto haya sido éste el actuar de la entidad accionada, a pesar de que tenía pleno conocimiento de la pérdida de capacidad del hijo del causante, no obstante, lo cierto es que la solicitud de la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO no incluyó a su hijo inválido.

Ahora, ésta Sala **no puede desconocer** en primer lugar que el señor HAROLD CAMINO tenía pleno derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente desde el mismo momento en que falleció su padre ISRAEL CAMINO, y en segundo lugar, su estado de invalidez tan avanzado, por lo que a pesar de que la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO disfrutó del 100% de la prestación, lo hizo en calidad de cónyuge supérstite y curadora legítima en ese momento de su hijo inválido, por lo que se entenderá que la mesada pensional entró a ese hogar, para satisfacer las necesidades de ambos, teniendo en cuenta que tanto el señor HAROLD CAMINO, como la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO tenían derecho al reconocimiento de la prestación, resaltando que en todo caso que no es posible la sustitución de la sustitución, razón por la cual habrá de concluirse que a pesar de que la pensión de sobreviviente se hace exigible a partir del fallecimiento del causante, teniendo en cuenta que la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, madre del señor HAROLD CAMINO era la curadora legítima de éste y estaba a su

cargo, recibió el 100% de la prestación y era quien pagaba los gastos del señor HAROLD CAMINO, se reconocerá el retroactivo pensional a favor del señor HAROLD CAMINO a partir del 2 de junio de 2017, día posterior al fallecimiento de la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, quien venía disfrutando de la mesada pensional, pues con anterioridad era ésta que venía gozando de la prestación en calidad de madre y curadora legítima del beneficiario, por lo tanto, al contar la Sala con otros elementos probatorios con los que se concluye que se demostró su minusvalía, considera esta Colegiatura que el señor HAROLD CAMINO MALDONADO se hace acreedor de la pensión de sobrevivientes petitionada, se repite, analizando y ponderando en este caso en particular los medios probatorios arrojados al plenario.

En este punto de decisión, la Sala se aparta del argumento expuesto por el apoderado de la parte demandante, en relación a reconocer el retroactivo pensional desde la fecha del fallecimiento del causante, como quiera que desde esa fecha fue reconocida y pagada a la señora ALICIA MALDONADO, en calidad de cónyuge supérstite del señor ISRAEL CAMINO, por lo que ordenar dicho pago, estaría ordenándosele a Colpensiones a efectuar un doble pago, recordando que si bien el pago de la sustitución pensional lo recibía en cabeza de la señora ALICIA MALDONADO, dicho dinero entraba al núcleo familiar, siendo beneficiario del mismo, el señor HAROLD MALDONADO, razón por la cual, se ordenará la reanudación del pago a favor del actor, a partir del fallecimiento de su madre, Alicia Maldonado.

Así las cosas, al encontrarse plenamente acreditada la dependencia económica del actor respecto del causante desde el momento de su nacimiento inclusive, así como su minusvalía, concurren los requisitos consagrados en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para reconocer la calidad de beneficiario del señor HAROLD CAMINO MALDONADO de la pensión de sobrevivientes deprecada, y consecuentemente se ordenará a la demandada Colpensiones **REANUDE** el pago en el **100%** de la pensión de sobrevivientes a favor del señor HAROLD CAMINO MALDONADO partir del fallecimiento de la señora ALICIA MALDONADO DE CAMINO, esto es, el 2 de junio de 2017, junto con los reajustes legales a que haya lugar.

Finalmente, vale la pena **ACLARAR** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de ordenar la **REANUDACIÓN DEL PAGO** a nombre de la señora GLADYS CAMINO, calidad de guardadora legítima del señor **HAROLD CAMINO MALDONADO** en un 100% de la sustitución pensional, en calidad de hijo inválido del señor ISRAEL CAMINO, a partir del 2 de junio de 2017, fecha del fallecimiento de la señora ALICIA MALDONADO, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales debidamente indexadas, en cuantía que venía percibiendo la señora ALICIA MALDONADO.

Se ordenará el pago a favor de la señora Gladys camino, en calidad de guardadora legítima del señor HAROLD CAMINO el retroactivo pensional causado a partir del 2 de junio de 2017, y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Precizando que se autoriza descontar el valor de \$2.929.374 por concepto de pago único de herederos que ordenó Colpensiones mediante resolución DPN_134 de 2018, así como los pagos efectuados por la entidad accionada, en cumplimiento de la acción

de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “E” del 14 de julio de 2020.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, y punto central del recurso de apelación presentado por la parte demandante, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...) La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigeró la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

*En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que **los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios** (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.*

¹ «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso se acredita que el demandante, en calidad de beneficiarios de la sustitución pensional, presentó reclamación administrativa el **7 de marzo de 2018** (fl. 42), la cual fue negada mediante resolución SUB 127892 del 12 de mayo de 2018.

Así las cosas, la entidad demandada, tenía hasta el **7 de mayo de 2018** para resolver la reclamación, y si bien Colpensiones resolvió la solicitud pasados los 2 meses que tenía para contestar, lo cierto es que su decisión fue nugatoria ante los derechos reclamados por el demandante, y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a pagar los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **7 de marzo de 2018** y hasta cuando se efectúe el pago.

Finalmente, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con la condena impuesta por concepto de indexación para ordenar su **absolución**, como quiera que resulta incompatible con la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, conforme criterio adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencia SL2889 de 2020, que a su vez trae a colación la sentencia SL9316 de 2016.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho a la pensión de sobreviviente se causó el 2 de junio de 2017 con el fallecimiento de la señora Alicia Maldonado; que solicitó el reconocimiento de la prestación el 7 de marzo de 2018, la cual fue negada mediante resolución SUB 127892 del 12 de mayo de 2018 (fls. 42); y radicó la presente demanda el día 19 de octubre de 2018 (fl. 11), concluyendo entonces que no transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo que habrá de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, confirmando este punto de decisión de primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de ordenar la **REANUDACIÓN DEL PAGO** a nombre de la señora GLADYS CAMINO, calidad de guardadora legítima del señor **HAROLD CAMINO MALDONADO** en un 100% de la sustitución pensional, en calidad de hijo inválido del señor ISRAEL CAMINO, a partir del 2 de junio de 2017, fecha del fallecimiento de la señora ALICIA MALDONADO, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, en cuantía que venía percibiendo la señora ALICIA MALDONADO.

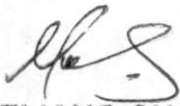
SEGUNDO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, descontar el valor de \$2.929.374 por concepto de pago único de herederos que ordenó Colpensiones mediante resolución DPN_134 de 2018, así como los pagos efectuados por la entidad accionada, en cumplimiento de la acción de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “E” del 14 de julio de 2020.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con la condena impuesta por concepto de indexación para ordenar su **absolución**

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

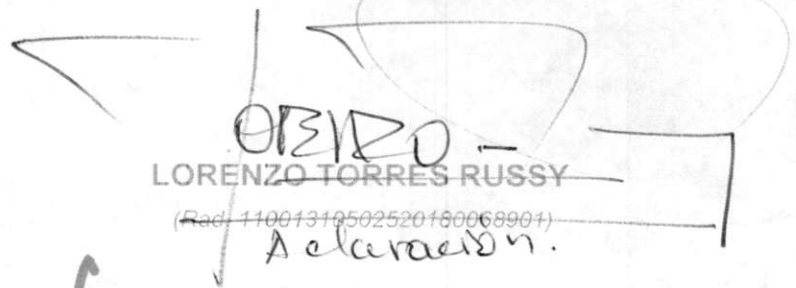
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502520180068901)



ORZIBO -
LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310502520180068901)
Aclaración.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502520180068901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2018-00094-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: JORGE RICARDO CONVERS VELEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCIÓN
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA COLFONDOS Y
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 380 a 382), así como Colpensiones (folio 365 a 369), la AFP Protección SA (fl. 385 a 388) y la AFP Colfondos (fls. 390 a 398) y presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) JORGE RICARDO CONVERS VELEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- La ineficacia y/o nulidad de la afiliación del señor JORGE RICARDO CONVERS VELEZ a la AFP Protección SA y Colfondos SA al no ser informados suficiente, veraz e idóneamente sobre los regímenes pensionales

de las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones de conformidad con el artículo 4° del Decreto 656 de 1994 y disposiciones concordante.

- Que las AFP demandadas, omitieron sus obligaciones y responsabilidades hacia su afiliado, consagradas en las siguientes normas: Decreto 663 de 1993 Arts. 97 y 98, Arts. 4 y 15 del Decreto 656 de 1994 y el Art. 1° de la Ley 1748 de 2014, así como las obligaciones impuestas en las circulares 30 y 37 de 1994 y circular 001 de 2004 expedida por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia financiera.
- Que los fondos demandados, omitieron suministrar la información necesaria que se debe dar en el proceso de afiliación, en la etapa precontractual y en las diferentes etapas de permanencia en el régimen de ahorro individual.
- Que la demandada omitió informar las condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, que eran necesarias para la formación del libre convencimientos en la decisión de afiliación al régimen de pensiones.
- Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones del actor a Protección SA y Colfondos SA.
- Condenar a Colpensiones a recibir a satisfacción la integridad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que Colfondos SA y Protección SA deduzcan costos administrativos o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente desde el 3 de enero de 1977.
- Trasladar todos los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media, administrador por Colpensiones.
- A Colpensiones a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS, sin que Colfondos SA y Protección SA deduzcan costos de administración o de fondo de solidaridad alguno, a los aportes objeto de devolución.
- A Colpensiones a recibir los anteriores valores y a actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectuó el actor, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas.
- A Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual a activar la afiliación del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación, que corresponde al día 3 de enero de 1977.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 115 a 127), PROTECCIÓN SA (fls. 173 a 202) y COLFONDOS SA (fls. 203 a 231), de acuerdo al auto visible a folio 265 y 266. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de septiembre de 2019, **DECLARÓ LA NULIDAD** de la afiliación y traslado del

demandante JORGE RICARDO CONVERS VELEZ, al régimen de ahorro individual, realizada el 21 de enero de 1998 a Protección SA. **CONDENÓ** a la demandada COLFONDOS SA a trasladar a Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE RICARDO CONVERS VELEZ, y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los aportes del señor JORGE RICARDO CONVERS VELEZ, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, y a actualizar la historia laboral para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas. Dadas las resultas del juicio, **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio. **COSTAS** a cargo de la parte demandada Protección SA y Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente de 4 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colfondos SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colfondos SA, teniendo en cuenta que, si hubo una información que le permitiera al demandante actuar de manera libre, consciente y voluntaria, no solo por el formulario de afiliación, sino además por las otras pruebas obrantes en el proceso, tal y como los extractos, el diario de amplia circulación, derechos de petición y respuesta de los mismos. Por otro lado, el demandante confiesa haber tenido por parte de Protección información suministrada donde le explicaron las características de los regímenes pensionales, y si bien no se le indicó ninguna desventaja o pérdida con el traslado de régimen pensional, lo cierto es que para esa época, para el año 1998, no hubo ningún perjuicio causado al instante con el traslado del régimen pensional, pues el actor no tenía expectativa legítima ni régimen de transición que pueda perder. En lo que tiene que ver con la inconformidad de la mesada pensional, no es reprochable a Colfondos SA, pues la misma se conforma de acuerdo a las características establecidas por el legislador y no a voluntad de Colfondos SA.

Por otro lado, señala que para la época del traslado, no había obligación alguna por parte de los asesores de Colfondos de generar alguna proyección de la mesada pensional, por tanto, obligar a Colfondos implica que la misma tenía que prever que el legislador no había dispuesto, pues dicha exigencia apareció hasta el año 2015, por lo que no se presenta ningún error, el único error que puede presentarse es de derecho que no vicia el consentimiento, por lo tanto no hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación, y es evidente que en el caso bajo examen el actor sí conocía las características del régimen de ahorro individual, era consciente de la decisión que estaba tomando, que se motivó a trasladarse porque en el RAIS le generaba rendimientos sus aportes, y consideró que esto podía darle mejor mesada pensional, por lo que no hubo ninguna información sesgada, sino que por el contrario, toda la información se otorgó al actor, tan es así que recibió extractos y a toda la información tuvo acceso, incluso a las plataformas de internet de Colfondos donde podía conseguir cualquier información.

Respecto de la condena de trasladar todos los valores, incluyendo los gastos de administración, es incoherente ordenar dicha condena, como quiera que si se pretende devolver todas las cosas a su estado anterior, en el RPM no se generaría rendimiento, como si sucedió en el RAIS, por lo que resulta injusto ordenar devolver los gastos de administración, máxime cuando el traslado no se hizo en Colfondos, sino que proviene de un negocio jurídico previo al celebrado con Colfondos y si bien Colfondos tenía el deber de información con el demandante, nunca tuvo el deber del buen consejo, porque no estaba vigente para la época del traslado del demandante, así como tampoco para la fecha de afiliación a Colfondos, pero si cumplió con el deber de asesoría que estaba vigente al momento de la afiliación a Colfondos, por lo tanto no se configura ningún vicio del consentimiento.

Respecto de las costas procesales, se excluye a Colpensiones sin justificación alguna, cuando éste también tenía el deber de información para la época en que el demandante se afilió al ISS.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, en el presente caso no debió ser declarada la nulidad de traslado, en atención que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y como consecuencia de ellos, no debió haberse aplicado la carga dinámica de la prueba, dado que de acuerdo a múltiples fallos de la H. Corte Suprema de Justicia se especifica que se necesita que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición para que sea aplicada dicha figura, en ese sentido, el demandante al 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad y 559,98 semanas de cotizaciones, lo que indica que no es beneficiario del régimen de transición. Por otro lado, conforme el interrogatorio de parte rendido por el demandante, puede vislumbrarse ciertas conductas que permiten verificar la falta de diligencia y cuidado por parte del mismo, y la falta de los deberes como consumidor financiero dada la naturaleza de los fondos a los cuales él se encontraba afiliado los últimos años, también se puede concluir que el demandante no había hecho solicitudes que permitan verificar que el demandante fue diligente en el sentido de verificar su expectativa pensional, sin perder de vista su ratificación de permanencia en el RAIS, por lo que se concluye que se trasladó de manera libre y voluntaria, y permaneció en el RAIS por mas de 19 años. Ahora, si bien el argumento por el cual el demandante se trasladó al RAIS fue la liquidación del ISS, el Decreto 2011 de 2012 se señala que Colpensiones asume las funciones que venía desempeñando el ISS, por lo que es claro que el régimen de prima media se ha venido manteniendo vigente, y el actor pudo haber retornado, sin estar inmerso en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2993.

Procede la sala a resolver la apelación, además 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 JURIDICO:

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 Protección SA efectuado por el (la) señor (a) JORGE CONVERS VELEZ el día 21 de enero de 1998; **2.-** En caso afirmativo, si tiene

derecho a que el AFP COLFONDOS SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

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, solicitó trasladarse a la AFP Protección SA, el 21 de enero de 1998, efectiva a partir del 1 de marzo de 1998, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 26 de octubre de 2004, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2001 (fl. 239).

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 de 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.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 115 a 127), PROTECCIÓN SA (fls. 173 a 202) y COLFONDOS SA (fls. 203 a 231). COLPENSIONES aportó: reporte de historia

laboral y expediente administrativo. PROTECCIÓN SA aportó: Formato de vinculación (1998), historial del SIAFP, constancia de traslado, historia laboral, comunicados de prensa. COLFONDOS SA aportó: Formato de vinculación (2001), comunicados de prensa, historial del SIAFP, resumen historia laboral, estado de cuenta detallado.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de enero de 1998, 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 la pensión, 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 21 de enero de 1998, el demandante tenía 754,71 semanas (fl. 258), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 37 años (nació el 18 de mayo de 1957, fl. 47) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2019 (acredita 1.484 semanas – fl. 65), podría pensionarse en el RPM, 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 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, 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.

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, estableciendo 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 la AFP COLFONDOS SA.

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, 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 declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 21 de enero de 1998.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente la parte demandada – Colfondos SA presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

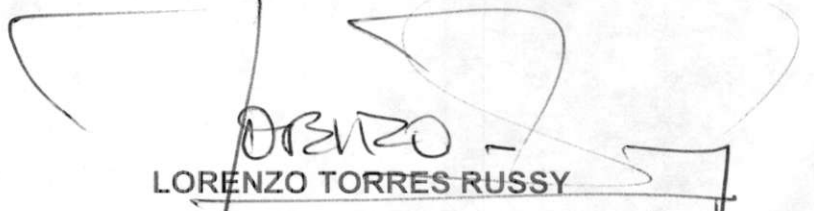
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220180009401)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500220180009401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500220180009401)

de voto
por acatamiento de
la tesis de la C.S.J.
a partir del 7 OCT. /202
Adonación de voto.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2017-00594-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP OLD MUTUAL SA
ASUNTO : **APÉLACION COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folio 248 a 250) y Skandia SA (folios 219 a 223) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad de la afiliación de la señora **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ** con la AFP OLD MUTUAL SA, por lo que no produce efecto alguno, lo que conlleva al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, pues la demandante venía afiliada al sistema de prima media con el Instituto de Seguros Sociales.
- Condenar y ordenar a la AFP OLD MUTUAL SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
- Declarar que la señora **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ**, para efectos pensionales continúa afiliada a Colpensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, al que pertenecía con anterioridad.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 30 a 36) y Old Mutual SA (fls 50 a 142), de acuerdo al auto visible a folio 143 y 144. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de agosto de 2019, **Declaró no probadas** las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción y prescripción de la acción de nulidad, propuestas por las demandadas. **Declaró** que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por OLD MUTUAL SA fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. **Declaró** que la señora MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que esa entidad tiene la obligación legal de validar el retorno de la demandante sin solución de continuidad. **Ordenó** a OLD MUTUAL SA trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si a ello hubiere lugar. **Ordenó** a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral, para la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional. Costas a cargo de Old Mutual SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que al tenerse como válidamente afiliada a la demandante al régimen de prima media, estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y se materializaría la prohibición legal en la que se encuentra la actora, la cual no fue vista de manera caprichosa por el legislador, y se encuentra exequible, y se invita a no ordenar la nulidad de traslado de manera automática, y si bien, la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones, la demandante se está aprovechando de la ignorancia de la Ley como excusa, para evadir su deber, pues la norma que echa de menos la demandante es la Ley 100 de 1993 que es de público conocimiento, y sus pretensiones están fundadas tan solo en hecho del monto final de la mesada pensional, circunstancia ésta que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, cuando es notable que la misma suscribió dicho contrato con la AFP, sino que la persona es capaz, tiene objeto y causa lícita, precedida del buen consejo por parte de la administradora, quien además incluso le advirtió dentro del término oportuno sobre su posibilidad de retornar al sistema, y quien voluntariamente decidió permanecer en el RAIS, ratificando su deseo de permanecer en esta.

Procede la sala a resolver la apelación, además 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 JURIDICO:

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 OLD MUTUAL SA efectuado por el (la) señor (a) **MARTHA ISABEL GUERRERO GONZALEZ** el día 20 de febrero de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Old Mutual SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

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 administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP OLD MUTUAL SA, el 20 de febrero de 1995 (flas. 77).

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 del precedente con 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.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones (flas. 30 a 36) y Old Mutual SA (fls 50 a 142). COLPENSIONES SA: no aportó ningún elemento probatorio. Old Mutual SA aportó: formato de afiliación, estado de cuenta de Old Mutual SA, historia laboral consolidada, sabana de bono pensional, respuesta a traslado, formato de solicitud de prestaciones, copia cedula de ciudadanía de la demandante, copia registro civil de nacimiento de la demandante, certificación EPS COMPENSAR, certificación entidad bancaria DAVIVIENDA, registro civil de nacimiento del hijo de la demandante, historia laboral para reclamación de bono pensional Tipo A – Modalidad 2, negativa de reconocimiento de prestación de vejez anticipada.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de febrero de 1995, 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 la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)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.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al acreditar al momento de trasladarse 603,71 semanas cotizadas (fl. 25) y 37 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1957), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2014 (tendrá más de 1.000 semanas – fl. 116) podría pensionarse en el RPM, 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, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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.

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, estableciendo 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 Old Mutual SA.

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, 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, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP OLD MUTUAL SA el 20 de febrero de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá.

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. 11001310501720170059401)

LORENZO TORRES-RUSSY

(Rad. 11001310501720170059401)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501720170059401) Admonición de verbos