

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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 09-2018-00415-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **WILMER DAVID CASALLAS RODRIGUEZ**
DEMANDADO: **FLEXO SPRING SAS**
ASUNTO : **APELACION SENTENCIA (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 09° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demandante (folios 429 a 431) y la demandada (folios 434 a 436) presentó 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 señor **WILMER DAVID CASALLAS RODRIGUEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **FLEXO SPRING SAS**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 49 a 51):

Declarativas:

1. Que el demandante se vinculó laboralmente con la demandada Flexo Spring SAS, mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido a partir del 28 de julio de 2005, para desempeñar el cargo de ayudante laminador.
2. Que la demandada terminó el vínculo laboral con el actor el 20 de noviembre de 2017, de forma unilateral y sin justa causa.
3. Que el actor laboró para la demandada por un espacio de 12 años, 3 meses y 21 días.
4. Que la demandada estableció una jornada diaria de trabajo por turnos diurnos y nocturnos, superiores a 12 horas de trabajo.

5. Que al momento del despido del demandante desempeñaba el cargo de "laminador de máquinas" en la producción de plásticos y etiquetas para el comercio.
6. Que el actor, estando laborando para la demandada, el 29 de noviembre de 2007, padeció de un accidente de trabajo, causándole la pérdida definitiva del dedo índice de la falange del dedo anular.
7. Que la pérdida de capacidad laboral fue de 8.29%.
8. Que la demandada desconoció la protección especial del trabajador en su condición de limitación laboral en grado 8.29%.
9. Que la empresa despidió al trabajador demandante sin justa causa y en condición de limitación laboral, omitiendo el pago de lo reglado por la Ley 361 de 1997.
10. Que al momento del despido, el demandante devengaba un salario promedio mensual de \$1.536.200.

Condenatorias principales:

1. A reintegrar al demandante al mismo cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad o a uno de superior jerarquía, por haber sido despedido sin justa causa, y en condición de limitación laboral con violación a la Ley 361 de 1997.
2. A pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta que se produzca su reintegro, con los respectivos incrementos de Ley.
3. A pagar al actor, las prestaciones del pacto colectivo suscrito con la demandada desde la fecha del despido hasta la fecha de su incorporación a la empresa demandada.

Condenatorias subsidiarias:

1. Al pago de la indemnización por despido del demandante, en estado de limitación laboral, esto es, artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
2. Al pago de la indemnización por despido sin justa causa, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 64 del CST.
3. Al pago de la indexación monetaria de todas y cada una de las sumas concedidas conforme al fallo que se dicte, con la variación del IPC, para el reconocimiento del poder adquisitivo de la moneda, desde el 20 de noviembre de 2017, hasta la fecha del fallo judicial y en forma futura desde el fallo, hasta el cumplimiento de la obligación.
4. Costas procesales.

La **sociedad Flexo Spring SAS** contestó la demanda (fls. 71 a 411); de acuerdo al auto visible a folio 412. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de octubre de 2019. **Absolvió** a la demandada FLEXO SPRING SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, en el presente proceso, por el demandante, señor WILMER DAVID CASALLAS RODRIGUEZ. **Declaró probadas** las excepciones de inexistencia de la obligación e improcedencia del reintegro, se declaró relevado del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la

pasiva en su contestación. **Costas** a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

REINTEGRO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Solicita se revoque la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el principio *Indubio Pro Operario*, el cual esta sustentado en el sentido de que surgieron dudas en el procedimiento que se desarrolló en la operación de la máquina, pues existen contradicciones entre el representante legal y el jefe de personal, pues al momento en que se le está preguntando por una operación indebida al demandante, manifiesta que este se encontraba realizando una encuesta, sin embargo, el jefe de personal señala que no había una encuesta, lo que lo exonera de que la máquina siguió trabajando, y en el momento de recogerla tenía fallas.

Por otro lado, considera como injusto que en menos de 24 horas le hayan formulado descargos y pliegos de cargos al demandante, teniendo en cuenta que la sentencia C-593 de 2014 establece que debe otorgársele un tiempo razonable al trabajador para que pueda controvertir los descargos, igualmente aportar pruebas, por lo que resulta imposible que un trabajador en las condiciones de inferioridad en las que se encuentra el demandante, no tenga la posibilidad de controvertir las pruebas, vulnerándole el debido proceso, como derecho fundamental que tiene el trabajador.

Por otro lado, esta acreditado que el actor perdió una falange, con lo que disminuyó su capacidad laboral, sin embargo le permitieron continuar trabajando, por lo que se encontraba con una condición especial, por lo que para poder despedirlo, la empresa debía solicitar autorizar previamente permiso al Ministerio de Trabajo, además sin tener en cuenta que el actor trabajó por más de 10 años para la empresa demandada.

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 FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, sí para el momento de la terminación del contrato la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato.

Existencia del contrato de trabajo

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante laboró para Flexo Spring SAS, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 28 de julio de 2005 hasta el 20 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de "Laminador", devengaba un salario mensual de \$1.536.200, hechos que no solamente fueron aceptados en la contestación de la demanda, sino que se acreditan con la documental vista a folios 9 a 11 del plenario, correspondientes a la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes y certificación laboral emitida por la entidad demandada.

Ineficacia del despido y reintegro definitivo – estabilidad laboral reforzada:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad Flexo Spring SAS terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, dadas las condiciones especiales de salud del actor, y padecer el 8,29% de pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedida encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el

aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, y en relación al primer argumento expuesto por el recurrente, cabe recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la asequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1. Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2. Que el empleador conociera de su estado de salud; y 3. Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo".** Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la Corte Constitucional y aplicada por el juez de instancia como fundamento jurídico, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «doctrina legal probable» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa documental mediante la cual la ARL Liberty realiza el pago de la indemnización permanente parcial al actor por un monto de \$2.700.618 (fl. 38), así mismo, obra dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado el 5 de marzo de 2008, mediante la cual se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral al actor del 8,29%, de origen profesional, con ocasión a un accidente laboral que generó la amputación de medio dedo desde IFD en mano derecho dominante el día 27 de noviembre de 2007 (fls. 39 a 42), historia clínica del demandante (fls. 43 y 44), de lo que se concluye que el empleador tenía pleno conocimiento de los hechos ocurridos.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor John Jairo Patiño, quién labora para la demandada desde el año 2006 y al momento de la terminación se desempeñaba como jefe de producción y superior inmediato del demandante, manifestó que al momento de la terminación del contrato, el actor no se encontraba incapacitado y gozaba de buena salud, y si bien el accidente sufrido en el 2007 le ocasionó la pérdida de la punta del dedo, el demandante pudo seguir desempeñando sus funciones con normalidad, afirmación ratificada por el actor en su interrogatorio de parte, en el que además indicó que después del accidente ocurrido el 1º de noviembre 2007, siguió ejecutando las mismas funciones, finalmente señaló que al momento de la terminación no se encontraba incapacitado.

Por las acotaciones legales y jurisprudenciales expuestas, las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones severas y profundas, así lo contempla su artículo 1 en que edifico sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios. De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, los interrogatorios de parte y los testimonios practicados, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que tenga un porcentaje de pérdida de capacidad laboral específico, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda.

Ahora bien, sin lugar a dudas la parte activa de la presente litis, no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, como quiera que en primer lugar, no demostró estar incapacitado para la fecha en que se produjo la terminación de la relación laboral, y en segundo lugar, la pérdida de capacidad dictaminada al actor, no llegar a ser catalogada siquiera como moderada, severa o profunda para ser beneficiario de la estabilidad manifiesta por limitación de la capacidad laboral, regulada por la Ley 361 de 1997 y el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001; razón por la cual se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, de conformidad con la jurisprudencia precedentemente anotada (en líneas subrayado, sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115, como en sentencia bajo radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad), no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la absolución del reintegro que trata la Ley 361 de 1997 proferida en sentencia de primera instancia.

Indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 CST:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folios 28 a 34 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo que data del 20 de noviembre de 2017 suscrita por el Sr. Carlos Alberto Medina Matallana, Gerente de Talento Humano de la accionada, en la que le atribuye al demandante haber cometido varias faltas graves en el desarrollo de sus funciones, quedando acreditado de esta manera el despido del actor.

Ahora bien, corresponde a la parte demandada acreditar que efectivamente se dieron las conductas imputadas en la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, y que las mismas comportan en términos de ley, una justa causa que, ameritaba la terminación del vínculo contractual Laboral.

Así las cosas, al analizar los hechos consignados en la carta de terminación de la relación laboral, indica que:

"(...) El pasado primero de noviembre de 2017 en cumplimiento de sus funciones como laminador y en el turno de las 2:00 PM a 10:00 PM en la planta No. 2 de la Compañía, usted laminó en la máquina No. 6 la referencia F2481 B AREQUIPE KIPE COLANTA 20G, con problemas en la relación de mezcla, lo cual generó la deslaminación del producto y por lo tanto la pérdida completa de los 338 kilos de material laminado.

El daño del producto mencionado género a la Compañía una pérdida económica de \$9.181.094.

Adicionalmente, no se encontró el paquete de producción en dónde deben reposar las muestras del producto fabricado y el control del proceso, el cual contiene la información de las dosificaciones y el control rollo a rollo de la producción, tal y como lo establece el procedimiento GP – 3 . IT – 001.(...)"

Así las cosas, se procede a verificar si los hechos descritos efectivamente ocurrieron y si los mismos constituyen una violación a las obligaciones de los trabajadores de la demandada, y si se encuentran revestidos de gravedad.

En ese orden de ideas, quedó acreditado en el interrogatorio de parte, así como en la diligencia de descargos rendida el 15 de noviembre de 2017 (fls. 83 a 89), que el actor fue quien laminó la referencia F24831 (pregunta No. 27), en su turno de trabajo del 1º de noviembre de 2017. Por otro lado, quedó acreditado con el REPORTE NO CONFORMES que la máquina de referencia F24831 presentó un inconveniente que se describió como "Al refilar este material e inspeccionarlo, se evidencia al delaminar que se siente tactoso, ésta pendiente por disposición, OP por 330kg.", hecho ratificado por los testigos John Jairo Patiño y Francly Liliana Martín Morales quienes laboran con la Compañía hace mas de 10 años y se desempeñan como jefe de talento humano desde el año 2014, coincidieron en indicar que el demandante era laminador y operaba la máquina No. 6 y realizaba el proceso de laminación de un producto de Colanta, y que incumplió un procedimiento establecido, lo que generó un problema de calidad y con ello, la pérdida de material por valor aproximado de \$9.000.000, y si bien cada uno de ellos señaló un gramaje diferente, pues mientras uno afirmó que la pérdida ascendía a 330kg, el otro dijo que era de 340kg, que contrario a constituir una contradicción, reafirma su espontaneidad, pues teniendo en cuenta que ha pasado mas de 2 años desde la ocurrencia de los hechos, el nivel del detalle con el que recuerdan los hechos puede disminuir, y proporcionar una cifra exacta y coincidente, sería indicio de su preparación.

Por otro lado, al analizar la diligencia de descargos realizada al actor, en lo que tiene que ver con las preguntas relacionadas a las muestras que se le atribuyeron como causa de terminación indicó que en muchas ocasiones se le quedan los

paquetes en la máquina, y que el día de los hechos, fueron 3 pedidos que le quedaron en la máquina, ya que fue al finalizar el turno, por lo que pudo ocurrir que lo haya botado, o se haya perdido, como sucede en otras ocasiones.

Respecto del porque no aparecía el Formato F123, indicó que el formato va en el paquete, y no tiene conocimiento si lo botaron. Finalmente, al indagársele si conocía el proceso previo para alistar la laminadora en cambios de rodillo y condiciones de acuerdo con el producto al laminar la ficha técnica y orden de producción, teniendo en cuenta la antigüedad en la empresa, y el cual no validó, con el fin de que el dosificador tuviera el espiral, que es el que garantiza que se mezclen los 2 componentes del adhesivo resina y catalizador, contestó que ya se había realizado cuando recibió el turno y se hizo la dosificación cuenta litros.

Con lo anterior se encuentra acreditada la efectiva ocurrencia de los hechos descritos en la carta de terminación, esto es, el incumplimiento en la toma de contra muestras del producto laminado y el control rollo a rollo de la producción, por lo que se procede a estudiar si tales hechos están revestidos de la gravedad que endilga la demandada.

Así las cosas, en diligencia de descargos rendida, el actor afirmó que dentro de sus funciones, se encontraba tomar las contra muestras del producto fabricado y el control del mismo, con la información de la dosificación y el control rollo a rollo de la producción, lo cual se constata con el documento denominado "Cuadro de máquinas e impresión del proceso GP-3-IT.001", visto a folios 100 a 105 del plenario, en el que se asignan como funciones al operario de máquina FF-123, entre otras:

- "a. El Operario debe validar que el equipo está en posición automática para poder trabajarlo, el equipo no puede trabajar en posición manual.*
- b. Se debe validar que el espiral esté completo y limpio.*
- c. Si el equipo dosificador presenta un fallo, el operario debe informar automáticamente el supervisor de turno y no resetear el equipo hasta que no sea revisado por mantenimiento." (fl. 104)*

Así mismo, de conformidad con el numeral 17 del artículo 70 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual dijo conocer el actor en diligencia de descargos, se contempló la prohibición a los trabajadores "ejecutar defectuosamente el trabajo y esconderlo o botarlo, no informar de él al supervisor respectivo" (fl. 108 a 148); y en el párrafo del artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo establece "*La violación cualquiera de estas obligaciones se califica como grave.*"

En ese orden, el Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

- 6) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1a) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

La jurisprudencia de la sala laboral de la H. Corte Suprema de justicia ha sostenido que frente a la gravedad de las causas establecidas en el Art. 62 del CST es calificada o determinada por las partes en el contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros, conforme sucedió en el presente asunto.

Al respecto, es necesario traer a colación lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 2012, dentro de la providencia con radicación No 38855 del 28 de agosto de 2012, en la que adoctrinó:

*“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, **contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato**”.*

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”

Lo anterior, para señalar que ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, conforme se puede extraer del reglamento interno de trabajo visible a folios 108 a 148.

Finalmente, la Sala despacha desfavorablemente los argumento impetrados por el recurrente, como quiera contrario a lo afirmado por el recurrente, como quiera que en el proceso disciplinario establecido en el artículo 78 del Reglamento Interno de Trabajo fue cumplido en debida forma, lo cierto es que el demandante tuvo la oportunidad de defenderse y explicar las circunstancias por las cuales le estaban pidiendo explicación, propendiendo por el debido proceso y el derecho a la defensa a favor del actor, tal y como obra a folios 77 a 107 del plenario. Así mismo, se encuentra debidamente acreditada la justa causa invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, pues estableció que el demandante en el desarrollo de sus funciones como laminador debía tomar las contramuestras del producto fabricado y realizar el control rolo a rolo de la producción, funciones que omitió, pues la aplicación proporcional del procedimiento establecido y las razones de hacerlo así radicó en que las muestras se le habían quedado en la máquina o

las había botado, y que no realizó el cambio del espiral contenido dentro del control rollo a rollo porque ya se había realizado cuando recibió el turno, estas faltas se encuentran calificadas como graves dentro del artículo 70 del reglamento interno de trabajo que contemplan la ejecución defectuosa del trabajo asignado, ejecución defectuosa que se materializó con el reporte fl. 238 visto a folio 98 del expediente, realizado por el cliente cooperativo Colanta el cual generó a la compañía las pérdidas descritas en el proceso disciplinario, por lo que se encuentra debidamente acreditada la falta imputada al trabajador en la carta de terminación del contrato de trabajo, las cuales efectivamente ocurrieron, y se encuentran catalogadas como una conducta grave por parte de la demandada, sin perder de vistas las afectaciones que generó en la Compañía demandada.

En ese sentido, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en 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

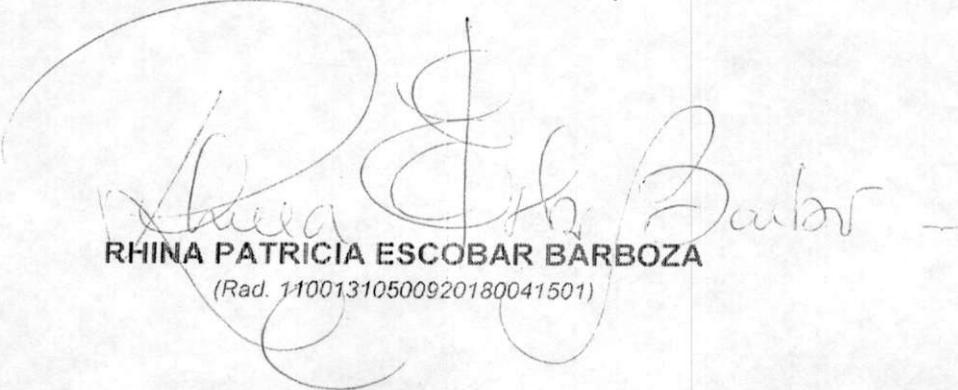
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá.

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 CHAVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500920180041501)


LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500920180041501)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310500920180041501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2016-01084-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**
ASUNTO: **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 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 219 a 232), así como Colpensiones (folio 244 a 247) y Porvenir SA (folios 235 a 240) 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) **LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONE** y **AFP PORVENIR SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 32 vuelto con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad absoluta del traslado del señor **LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND** del régimen de prima media con prestación definida a la **AFP Colfondos SA** el 1 de julio de 2003 y que en la actualidad administra la **AFP Porvenir SA**.
- En consecuencia, declarar que el señor **LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND**, tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media, administrado por la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**.
- Que la **AFP Porvenir SA** devuelva a **Colpensiones**, los aportes pensionales, rendimientos financieros y lo que resulte por concepto de bono pensional, por la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial o el que demuestre, que recibió el Ministerio de Hacienda con los intereses, indexación, aumentos, desde la fecha en que recibió el bono pensional, hasta cuando se entregue definitivamente.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: **PORVENIR SA** (fls. 45 a 71) y **COLPENSIONES** (fls. 87 a 95) y **COLFONDOS** (fl. 129 a 139), de acuerdo al auto visible a folio 136 a 137 y 149. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

En escrito presentado el 29 de junio de 2018, la parte demandante reformó la demanda, en el sentido de incluir las siguientes pretensiones (fls. 140):

Principales:

- Declarar la ineficacia del traslado del señor LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Porvenir SA el 1 de julio de 2003.
- En consecuencia, declarar que el señor LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media administrador por Colpensiones.
- Que la AFP Porvenir SA devuelva a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros y lo que resulte por concepto de bono pensional, por la suma que resulta del cálculo actuarial o el que se demuestre, que recibió del Ministerio de Hacienda.
- El pago debidamente indexado de tal bono pensional, desde el momento de su recibo haya la entrega del mismo.
- El pago de los intereses moratorios que recaen sobre tal bono pensional, desde el momento en que fue recibido hasta su efectiva entrega.
- Costas procesales.

Subsidiarias:

- Declarar la nulidad del traslado del señor LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Porvenir SA el 1 de julio de 2003.
- En consecuencia, declarar que el señor LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media, administrado por Colpensiones.
- Que la AFP Porvenir SA devuelva a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros y lo que resulte por concepto de bono pensional, por la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial o el que demuestre, que recibió del Ministerio de Hacienda.
- El pago debidamente indexado de tal bono pensional, desde el momento de su recibo hasta la entrega del mismo.
- El pago de los intereses moratorios que recaen sobre tal bono pensional, desde el momento en que fue recibido hasta su efectiva entrega.
- Costas procesales.

Contestaron la reforma de la demanda: COLFONDOS (fl. 172 a 177), de acuerdo al auto visible a folio 178. Mediante auto del 12 de febrero de 2019 se dio por no contestada la reforma de la demanda por parte de las demandadas Porvenir SA y Colpensiones (fl. 178) Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

En audiencia celebrada el 7 de junio de 2019, el Juez de instancia ordenó la desvinculación de la demandada AFP Colfondos SA (fl. 195)

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de febrero de 2020, **Absolvió** a las demandadas AFP Porvenir SA y a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND. Dadas las resultas del proceso, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las **excepciones** propuestas por las demandadas. **Costas** a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Adición de sentencia: Declarar probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la demandada Colfondos SA.

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que el artículo 97 del Decreto 633 de 1993 establece el deber de información a cargo de las AFP, teniendo en cuenta que la Seguridad Social es un servicio público, el cual es irrenunciable, con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política, de donde se desprende la protección del derecho que tiene. Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993 estableció 2 regímenes pensionales, el de prima media y el de ahorro individual, siendo obligatoria la afiliación a uno de éstos dos regímenes, siendo libre y voluntaria dicha elección, sin embargo las administradoras tienen el deber de brindar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que permita a través de los elementos de juicio, claros y objetivos, escoger las

mejores opciones que el mercado ofrece, trayendo a colación la sentencia 55050 del 22 de julio de 2015 y 46292 de septiembre de 2014, ésta última establece que no puede atribuirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando la persona desconoce sobre la incidencia en que aquella pueda tener, frente a sus derechos prestacionales, de ahí que las AFP debieron acreditar dentro del plenario que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, so pena de declarar ineficaz el traslado. Por otro lado, la sentencia SL1462 de 2009, establece que está a cargo de las AFP la carga de la prueba y a quien corresponde demostrar en los eventos en que se alegue la falta de información, que por el contrario sí se brindó la totalidad de la información, de tal manera que en el presente asunto no se demostró que la AFP Porvenir la informara de manera clara, precisa y documentada como lo establece la Ley todo lo concerniente e i aplicaciones que traía consigo el traslado, pues nunca existió tal información, lloque conlleva a la nulidad del traslado.

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) LUIS FRANCISCO SALCEDO DANGOND el día 18 de junio de 2003; **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 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 Porvenir SA, el 18 de junio de 2003, con efectividad a partir del 1º de agosto de 2003 (fls. 98).

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 PORVENIR SA (fls. 45 a 71) y COLPENSIONES (fls. 87 a 95). Porvenir SA aportó: Certificación, formato de vinculación (2003), historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, sábana de bonos pensionales, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa. Colpensiones: no aportó ningún elemento probatorio.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de junio de 2003, 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.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó al demandante que, al momento de trasladarse contar con 774,85 semanas cotizadas (fl. 18 a 20) y 39 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1955), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2015 (tendría más de 1.000 semanas – fl. 64 Vto.), 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.

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.

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, se **REVOCARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 18 de junio de 2003, 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 las demandadas.

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 absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 18 de junio de 2003, 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.

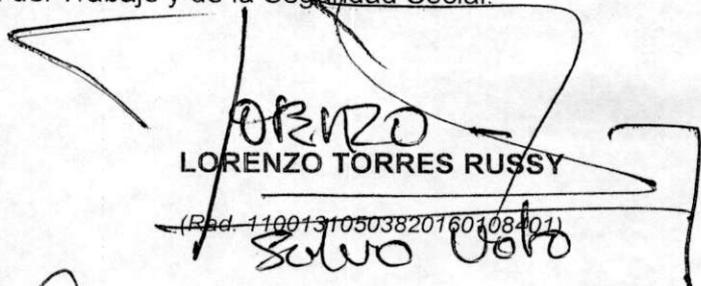
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

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.



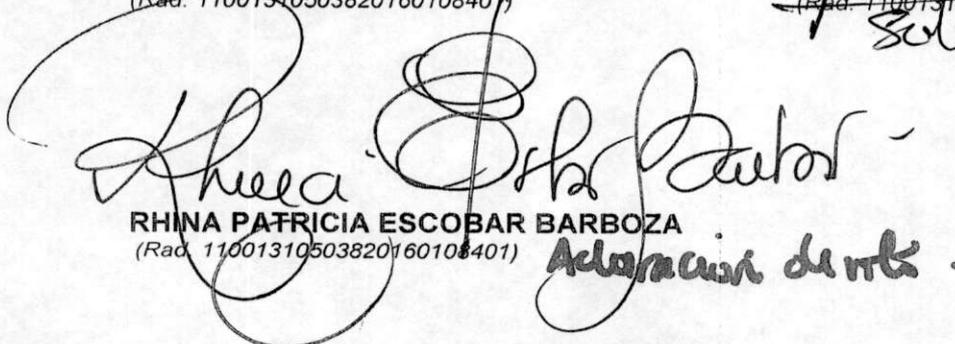
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503820160108401)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503820160108401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503820160108401)

Admonición de rta.



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 13-2019-00325-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**
ASUNTO: **PARTE DEMANDADA PORVENIR SA // CONSULTA
COLPENSIONES**

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 13° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre 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 135 a 137), así como Colpensiones (folio 139 a 146) y Porvenir SA (folios 159 a 161) 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) **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- La nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a Horizonte SA hoy Porvenir SA por la señora **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO** el día 30 de septiembre de 1998.
- La nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a Porvenir SA por la señora **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO** el día 20 de febrero de 2006.

Condenatorias:

- A la AFP Porvenir SA a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de a cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO**.
- A Colpensiones a aceptar a la señora **MARÍA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO** en el régimen de prima media con prestación definida.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 58 a 64) y PORVENIR SA (fls. 67 a 102), de acuerdo al auto visible a folio 107. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 13° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de octubre de 2019, **Declaró la ineficacia del traslado** efectuado por la señora MARIA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO, al fondo de pensiones Horizonte hoy AFP Porvenir SA a partir del 1° de noviembre de 1998 y como consecuencia de ello, ordenar el traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a Colpensiones, quien deberá recibir los mismo y activar la afiliación de la actora a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales la única afiliación válida de la demandante al Sistema General de Pensiones la realizada a Colpensiones, tal como se solicitó en la demanda. **Costas** a cargo de la demandada AFP Porvenir SA.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que si bien la sentencia está fundamentada en los vicios del consentimiento, lo cierto es que los mismos deben ser analizados en este tipo de proceso el error, el dolo y la fuerza, sin embargo, la obligación de los fondos de entregar la información se exige a partir del año 2015, pues con anterioridad no había normatividad que exigiera dicha obligación, sin embargo debe tenerse en cuenta que el momento inicial de la afiliación de la demandante, como se puede verificar con los formularios, no solo a Horizonte, sino también a Porvenir, la misma demandante en señal de aceptación, manifestó que hace constar que la selección del régimen de ahorro individual la ha efectuado de forma libre, espontánea y sin presiones, desde donde luego, Horizonte le entregó la información básica esencial de ese momento. Por otro lado, no puede perderse de vista que la actora tiene un nivel educativo profesional y las condiciones de los regímenes tanto de ahorro individual como el de prima media se encuentran consignados en la Ley 100 de 1003, y en ese orden de ideas, la demandante también tenía la obligación de asesorarse o buscar información al respecto, siendo obligación a cargo de los fondos a partir del año 2015. Ahora bien, señaló el juzgado que no se indicó las ventajas ni desventajas de los regímenes pensionales, a lo cual reitera que las condiciones de ambos regímenes se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993 y el desconocimiento de la Ley no puede servir de base o fundamento para declarar la nulidad de la afiliación, pues también debe tenerse en cuenta que si bien al momento inicial pudo no haberse entregado completamente la información, lo cierto es que dentro del expediente si aparece las proyecciones pensionales realizadas por la AFP Porvenir SA, por lo que la demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones pensionales en el régimen que pertenece, por lo que resulta improcedente que alegue que hubo error de falta de información. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la demandante tampoco hizo uso de los periodos de gracia que todos los fondos privados pusieron a disposición de sus afiliados, lo anterior por mandato de la Ley, a todas aquellas personas que no hayan estado de acuerdo con el traslado al RAIS, toda vez que tenían un año de gracia para volver al RPM, no obstante lo anterior, la demandante siguió reiterando su intención de permanecer en el RAIS, como también lo hizo al efectuar aportes voluntarios durante 4 años. En lo que tiene con la excepción de prescripción, debe ser aplicada el término trienal que establece la normatividad laboral.

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 HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO el día 30 de septiembre de 1998; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe 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 HORIZONTE SA, el 30 de septiembre de 1998, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1998, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 20 de febrero de 2006, con efectividad a partir del 1 de abril de 2006 (fl. 76).

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 (fls. 58 a 64) y PORVENIR SA (fls. 67 a 102). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Porvenir SA aportó: formato de vinculación (1998 y 2006), copia de cédula de ciudadanía del demandante, historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, simulación pensional año 2019, sabana bono pensional, respuesta derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de septiembre 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, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Frank Alexis Sanabria (fl. 75), 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 al demandante que, al tener en el momento de trasladarse 620 semanas cotizadas (fl. 90) y 36 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1958), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2015 (tendría más de 1.000 semanas – fl. 96 a 90), 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 la AFP Porvenir 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 30 de septiembre de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** 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.

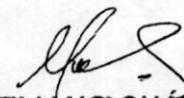
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

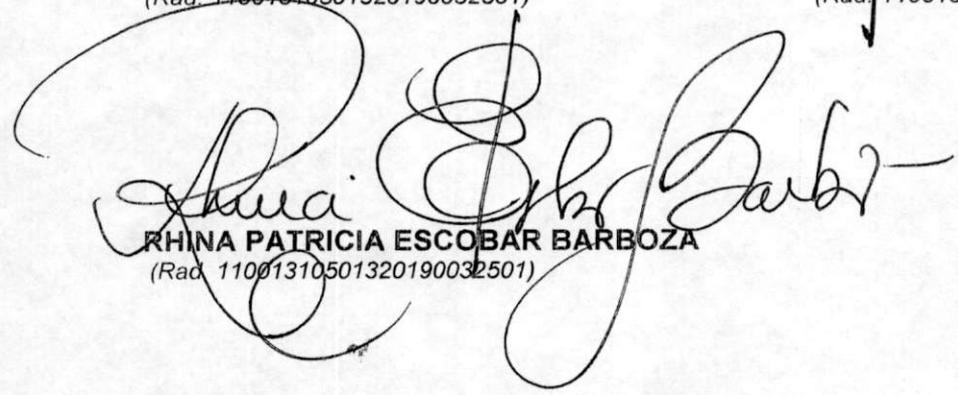
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado 13º Laboral del Circuito de Bogotá.

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. 11001310501320190032501)


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501320190032501)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501320190032501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2018-00348-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLFONDOS SA //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas (Colfondos SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de octubre 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 (290 a 291), así como Colpensiones (folio 294 a 297) y Colfondos SA (folios 299 a 306) 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) MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONE, AFP COLFONDOS y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- Que el primer traslado y la afiliación en pensiones de la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO con la AFP Colfondos SA es nuli, por estar viciado el consentimiento por error y dolo.
- Que el segundo traslado a la AFP Colfondos SA es nulo por estar viciado el consentimiento por error y dolo de la demandante.
- Que la afiliación de la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO con Colpensiones se mantuvo vigente, es decir, sin solución de continuidad en dicha afiliación.
- Que las AFPs Colfondos SA y Protección SA trasladen la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales que actualmente tienen a favor de la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO con destino a Colpensiones, quien en adelante administrará sus aportes por concepto de pensión.

Condenatorias:

- A trasladar la totalidad de los aportes efectuado por la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO, junto con la totalidad de los rendimientos e intereses a Colpensiones.
- Ordenar a las AFPs demandadas remitir a Colpensiones en forma detallada los aportes, rendimientos y bonos pensionales, como consecuencias de la declaratoria de nulidad de los traslado y de las afiliaciones con las AFPs demandadas.
- A pagar los perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
- A Colpensiones a reactivar la afiliación de la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO en el regimen de prima media con prestación definida.
- A Colpensiones, a activar y recibir el traslado de los aportes, rendimientos y bonos pensionales de la señora MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO, y a darle plenos efectos a la nulidad declarada.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 192 a 210), COLFONDOS (fls. 211 a 250) y PROTECCION SA (fls. 255 a 265), de acuerdo al auto visible a folio 266. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de octubre de 2019, **Declaró la nulidad** de la afiliación del regimen de prima media al de ahorro individual realizado por MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO, a través de Colfondos SA. **Ordenó** a Protección SA a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **Costas** a cargo de Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

Colfondos SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante no es beneficiaria del regimen de transición, por lo que no es posible acogerse a la sentencia de la Corte Constitucional, pues la actora no tenía unas expectativas legítimas, encaminadas a un derecho pensional. Por otro lado, señala que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal cuando le faltare menos de 10 años para pensionarse. Ahora bien, en lo referente con el error que manifestó el Juez de instancia, se tiene que estamos frente a un error de derecho y no un error de hecho, en el que si habría un eventual vicio del consentimiento, pues la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse durante un poco mas de 10 años y nunca lo hizo, por lo que hace parte de la negligencia misma de ella no haberlo realizado, razón por la cual debe asumir las consecuencias de sus propios actor. Finalmente, no puede perderse de vista que la demandante tenía experiencia en el área contable de varuas aseguradoras, donde se funda su experiencia laboral, de lo que se infiere que tenía herramientas para conocer una proyección de su mesada respecto del uno u otro régimen, lo que resulta improcedente ordenar el traslado.

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 Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA CRISTINA FRANCO ALFONSO el día 14 de abril de 1997; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección 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 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 Colfondos SA, el 14 de abril de 1997, con efectividad

a partir del 1 de junio de 1997, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Protección SA el 24 de febrero de 2010, con efectividad a partir del 1 de abril de 2010 (fl. 265).

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 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. 69 a 84), PORVENIR SA (fls. 97 a 232) y PROTECCIÓN SA (fls. 266 a 305). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Colfondos SA aportó: formato de vinculación (1997), comunicados de prensa, historia de vinculaciones del SIAFP, certificación, historia laboral. Protección SA aportó: formato de vinculación (2010), respuesta a derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de abril de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts. 4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Martha Navarrete (fl. 239), 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 al demandante que, al momento de trasladarse tener 576.29 semanas cotizadas (fl. 36) y 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1961), 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 2018 (tendría más de 1.000 semanas – fl. 96 a 28), 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 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, 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 14 de abril de 1997, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** 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 16 de octubre de 2019 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500520180034801)



LORENZO TORRES RUSY
Salvamento de Voto
~~Rad. 11001310500520180034801~~
29-09-2010 Defectuado



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310500520180034801)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso 2018 00348 01

MARIA CRISTINA FRANCO VS COLPENSIONES Y OTROS.

Respetuosamente salvo voto, por las siguientes razones:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del trasalado en el artículo 271, como del resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado en la forma prevista en el Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa alli señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP; sin que en el proceso se haya demostrado ninguno, porque la escogencia de régimen pensional solo define la forma en que va a financiarse la pensión, pero no da derecho a un monto subjetivo de la mesada.

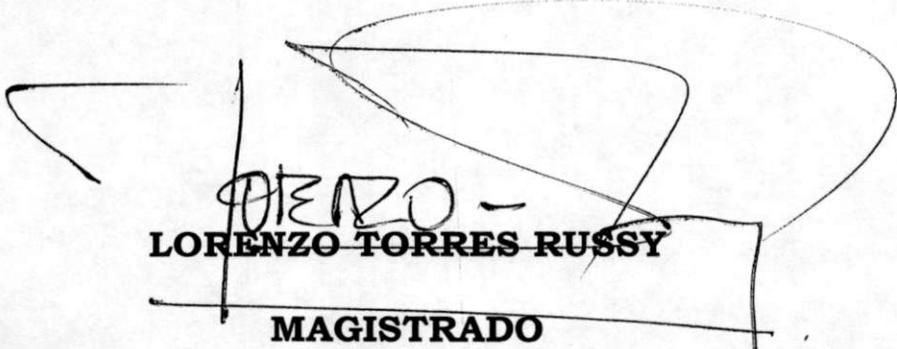
Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que no pueden aplicarse los restablecimientos previstos en el primer estatuto citado y porque el acto de afiliación no tiene carácter contractual sino que es un acto unilateral de adhesión, que nace por disposición legal así como sus efectos.

La demandada COLPENSIONES es un tercero frente al acto de afiliación al RAIS, no intervino para nada en la decisión de la afiliada, ningún perjuicio causó y ninguna obligación le asiste frente a la ineficacia del traslado; pues como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo consecuente es hacer una nueva afiliación.

Trasladar a la demandante a Colpensiones cuando ya tiene cumplida la edad para acceder al derecho a la pensión, sin que

haya cotizado desde el año de su traslado al RAIS, si afecta la la sostenibilidad financiera del fondo común, porque en un sistema de reparto simple las mesadas pensionales se pagan con el recaudo de las cotizaciones oportunamente pagadas, razón por la que no pueden hacerse retroactivamente y, por la que la limitacion de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible.

Las afirmaciones anteriores estan sustentadas, ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00374 01, que no se transcribe debido a su extensión.



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 19-2018-00467-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
 AFP COLFONDOS SA
ASUNTO : **APELACION COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el desata el recurso de apelación prestando por la demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre 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 150 a 152), así como Colpensiones (folio 132 a 136) 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) **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA , debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora MARITZA BOHORQUEZ AMAYA el día 10 de mayo de 1994 con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación pensional y concreta de la demandante.
- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora MARITZA BOHORQUEZ AMAYA en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 53 a 76) y AFP COLFONDOS SA (fls. 89 a 101), de acuerdo al auto visible a folio 105 221. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de octubre de 2019, **Declaró** la ineficacia del traslado de la señora **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, realizada el 10 de mayo de 1994. **Declaró** válidamente vinculada a la demandante **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, desde el 21 de octubre de 1986, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Condenó** a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA**, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin **costas** en la instancia.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que, el traslado de la demandante se realizó con plena voluntad de la actora, quien por decisión propia, suscribió los formularios para efectuar dicho traslado, además el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensiones y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial. No obstante, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, limita este derecho cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. De igual forma, el artículo 11 del Decreto 696 de 1004 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte. Frente a la descapitalización del sistema pensional, en sentencia 242 de 2009 y las C-1024 de 2004 y C-062 de 2010, se debe tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte, de esta forma tenemos que durante 24 años, la demandante no ayudó a financiar las pensiones de los actuales pensionados, pues ésta situación va en detrimento patrimonial.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación, así como 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 Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** el día 10 de mayo de 1994; **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 consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, el 10 de mayo de 1994 (fls. 10).

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.

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de octubre de 2019, **Declaró** la ineficacia del traslado de la señora **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, realizada el 10 de mayo de 1994. **Declaró** válidamente vinculada a la demandante **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA** al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, desde el 21 de octubre de 1986, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Condenó** a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARITZA BOHORQUEZ AMAYA**, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin **costas** en la instancia.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que, el traslado de la demandante se realizó con plena voluntad de la actora, quien por decisión propia, suscribió los formularios para efectuar dicho traslado, además el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensiones y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial. No obstante, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, limita este derecho cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. De igual forma, el artículo 11 del Decreto 696 de 1004 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte. Frente a la descapitalización del sistema pensional, en sentencia 242 de 2009 y las C-1024 de 2004 y C-062 de 2010, se debe tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte, de esta forma tenemos que durante 24 años, la demandante no ayudó a financiar las pensiones de los actuales pensionados, pues ésta situación va en detrimento patrimonial.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación, así como 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 Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) **MARITZA BOHORUQUEZ AMAYA** el día 10 de mayo de 1994; **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 Colfondos SA, el 10 de mayo de 1994 (fls. 10).

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

- 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. 53 a 76) y AFP COLFONDOS SA (fls. 89 a 101). Colpensiones aportó expediente administrativo. Colfondos aportó: comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener 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, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Luis Fernando López Uribe (fl. 10) 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 momento de trasladarse tenía 677,29 semanas cotizadas (fl. 19) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), 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 2017 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 18 a 19), 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 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, 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 10 de mayo de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** 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

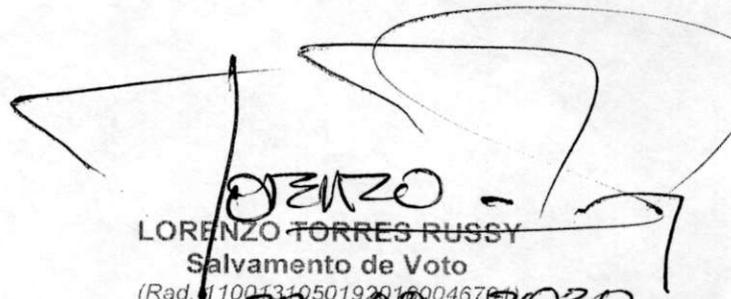
PRIMERO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501920180046701)

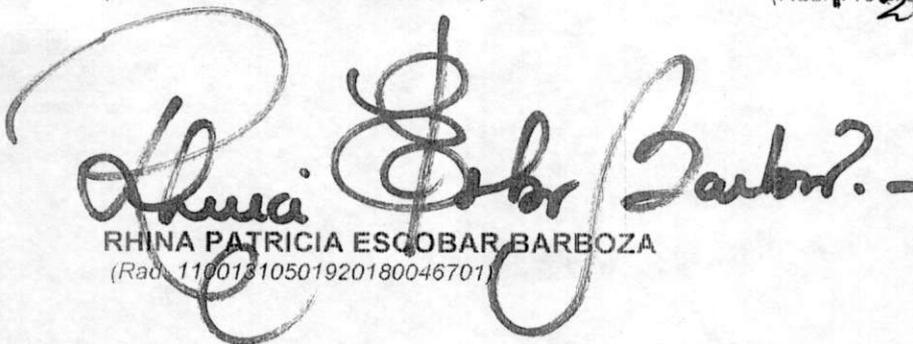


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto

(Rad. 11001310501920180046701)

29-09-2020

Anexo



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501920180046701)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso 2018-00467-01

MARITZA BOHORQUEZ AMAYA VS COLPENSIONES Y OTROS.

Respetuosamente salvo voto, por las siguientes razones:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del trasalado en el artículo 271, como del resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado en la forma prevista en el Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa allí señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP; sin que en el proceso se haya demostrado ninguno, porque la escogencia de régimen pensional solo define la forma en que va a financiarse la pensión, pero no da derecho a un monto subjetivo de la mesada.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que no pueden aplicarse los restablecimientos previstos en el primer estatuto citado y porque el acto de afiliación no tiene carácter contractual sino que es un acto unilateral de adhesión, que nace por disposición legal así como sus efectos.

La demandada COLPENSIONES es un tercero frente al acto de afiliación al RAIS, no intervino para nada en la decisión de la afiliada, ningún perjuicio causó y ninguna obligación le asiste frente a la ineficacia del traslado; pues como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo consecuente es hacer una nueva afiliación.

Trasladar a la demandante a Colpensiones cuando ya tiene cumplida la edad para acceder al derecho a la pensión, sin que

haya cotizado desde el año de su traslado al RAIS, si afecta la la sostenibilidad financiera del fondo común, porque en un sistema de reparto simple las mesadas pensionales se pagan con el recaudo de las cotizaciones oportunamente pagadas, razón por la que no pueden hacerse retroactivamente y, por la que la limitacion de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible.

Las afirmaciones anteriores estan sustentadas, ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00374 01, que no se transcribe debido a su extensión.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2018-00385-01

Bogotá D.C., Septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
 AFP PORVENIR SA
 AFP PROTECCIÓN SA (Litisconsorte necesario)
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDADA PORVENIR SA, PROTECCIÓN**
 SA Y COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas (Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de noviembre 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 322 a 326), así como Colpensiones (folio 327 a 329) y Protección SA (folios 332 a 338 y 349 a 357) 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) **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **AFP PORVENIR SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 6 a 11 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- La nulidad de la vinculación de la señora **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional con Porvenir SA.
- A Porvenir SA ordenar el traslado de la señora **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ** del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- A Porvenir SA ordenar el retorno de la señora **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ** del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.
- A Porvenir SA enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora **ÁNGELA MARÍA CABAL PÉREZ**.
- A Porvenir SA a reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante.
- A Porvenir SA, reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV, conforme lo establece el literal b del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la actora.

- A Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos producto de la afiliación a dicha entidad, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.
- Que Porvenir SA debe asumir el cargo el deterioro sufrido por el buen administrado, conforme el artículo 963 del Código Civil.
- Que Porvenir SA no debe realizar ningún descuento por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia, ni por gastos de administración los que deben ser asumidos por Porvenir SA.
- Que Colpensiones debe recibir los dineros trasladados por Porvenir SA, para estos dineros sean validados en la historia laboral de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ.
- Que la asesoría de parte de los asesores del fondo, fue tan mala que sabiendo que la Caja de Previsión del Distrito, tenía un régimen parecido o igual al del ISS, hoy Colpensiones, inducen a la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ al traslado de régimen.
- Que la precaria asesoría del funcionario de la AFP Porvenir SA fue tan mala, que solo se limitó a diligenciar el formulario y a captar nuevos clientes, que ni siquiera se dio cuenta que la demandante jamás cotizó en Cajanal ni el SS, como se evidencia en el formulario de solicitud de vinculación, fechada el 11 de diciembre de 1996.
- Nula la afiliación de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ porque a pesar que el asesor de la AFP Porvenir SA, se dio cuenta cuando lleno el formulario en la casilla de "tiempo total cotizado" que la actora llevan a en ese momento más de 13 años cotizando en la caja de previsión del distrito, a pesar de todo el asesor le realiza el traslado al régimen de ahorro individual.
- Nula la afiliación toda vez que el asesor de la AFP Porvenir no debió realizar este traslado, puesto que es evidente que el régimen que traía o venía cotizando la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ era el más conveniente para la demandante.
- Que la asesoría brindada a la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ por parte de la AFP Porvenir SA, fue tan irregular y precaria por falta de capacidad o conocimiento del funcionario, que al diligenciar el formulario; como se puede evidenciar en las casillas "ha cotizado más de 150 semanas en ISS o Cajas", el asesor marca la casilla (si) y las casillas del ISS y Cajanal, a sabiendas que la Caja a la que venía realizando los aportes es la Caja de Previsión del Distrito (Foncep) y dichas casillas no se encuentran diligenciadas.
- Que el traslado al RAIS se realizó por la indebida orientación del asesor de la AFP Porvenir, que de forma fraudulenta indujo a la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ con expectativas irreales respecto de su derecho pensional, que la demandante solamente se limitó a firmar el documento exhibido para realizar el traslado.
- Que Porvenir SA tenía el deber de rechazar esta afiliación inicial por los yerros anteriormente citados dentro del formulario fechado el 11 de diciembre de 1996.
- Que Colpensiones, como consecuencia de la nulidad, acepte a la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiere existido un traslado de régimen pensional.
- Que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Condenatorias:

- A Porvenir SA a aceptar la nulidad de la vinculación de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ al régimen de ahorro individual.
- A Porvenir SA a aceptar que la asesoría de parte de los asesores del fondo, fue tan mala que sabiendo que la Caja de Previsión del Distrito tenía un régimen parecido al del ISS, inducen a la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ erróneamente al traslado de régimen.

- A Porvenir SA por dar tan precaria asesoría, que solo se limitó a diligenciar el formulario y a captar nuevos clientes, que ni siquiera se dio cuenta que la demandante jamás cotizó en Cajanal ni el SS, como se evidencia en el formulario de solicitud de vinculación, fechada el 11 de diciembre de 1996.
- A Porvenir SA para que anule la afiliación de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ porque a pesar que el asesor de la AFP Porvenir SA, se dio cuenta cuando lleno el formulario en la casilla de "tiempo total cotizado" que la actora llevan a en ese momento más de 13 años cotizando en la caja de previsión del distrito, a pesar de todo el asesor le realiza el traslado al régimen de ahorro individual.
- A Porvenir SA que anule la afiliación de la demandante, toda vez que el asesor no debió realizar este traslado, puesto que es evidente que el régimen que traía o venía cotizando era el más conveniente.
- A Porvenir SA para que anule la afiliación por la mala asesoría brindada a la demandante, por falta de capacidad o conocimiento del funcionario, que al diligenciar el formulario; como se puede evidenciar en las casillas "ha cotizado más de 150 semanas en ISS o Cajas" y el asesor marca (si) y las casillas del ISS y Cajanal, a sabiendas que la Caja a la que venía realizando los aportes era a la Caja de Previsión del Distrito (Foncep) y dicha casilla no se encuentra diligenciada.
- A Porvenir SA ya que tenía el deber de rechazar esta afiliación inicial por los yerros anteriormente citados dentro del formulario fechado del 11 de diciembre de 1996.
- A Porvenir SA a ordenar el retorno de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.
- A Porvenir SA a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
- A Porvenir SA a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la actora.
- A Colpensiones a aceptar a la demandante como afiliada del régimen de prima media, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- A Porvenir SA para que reconozca y pague la suma de 50 SMLMV tal y como reza el literal b del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.
- A Porvenir SA para que devuelva a Colpensiones todos los valores recibidos producto de la afiliación de dicha entidad tales como: Cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.
- A Porvenir SA, que teniendo en cuenta que el traslado fue producto de la conducta indebida de dicha entidad, quien de conformidad con las directrices del artículo 963 del Código Civil, debe asumir a su cargo el deterioro sufrido por el bien administrado.
- A Porvenir SA para que no realice descuento alguno por concepto de seguros de invalidez y sobre vivencia, ni por gastos de administración, los que deben ser asumidos por ésta.
- A Colpensiones para que reciba los dineros trasladados por Porvenir SA para que sean válidos en la historia laboral de la demandante.
- A Porvenir SA que tenía el deber de rechazar esta afiliación inicial por los yerros anteriormente citados dentro del formulario.
- A Porvenir SA por la forma fraudulenta que indujo a la demandante con expectativas irreales respecto de su derecho pensional, que la actora solamente se limitó a firmar el documento exhibido para realizar el traslado.
- A Colpensiones a aceptar a la demandante en el sistema de prima media como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 69 a 84) y PORVENIR SA (fls. 97 a 232), de acuerdo al auto visible a folio 234. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

En audiencia celebrada el 30 de mayo de 2019, ordenó el Juez de instancia de oficio la integración al contradictorio a la AFP Protección SA (fl. 248). PROTECCIÓN SA (fls. 266 a 305), de acuerdo al auto visible a folio 306. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de noviembre de 2019, **Declaró la ineficacia** de la afiliación de la demandante ANGELA MARIA CABAL PEREZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por la AFP Porvenir SA, y por ende a la AFP Colfondos SA. **Condenó** a Protección SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, entre el 1 de noviembre de 1999 al 1 de abril de 2001, con motivo de la afiliación de la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dada las consecuencias de la ineficacia. Autorizó efectuar descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir con ocasión al traslado de fondo solicitado por la señora ANGELA MARIA CABAL PEREZ el 30 de abril de 2001. **Condenó** a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ANGELA MARIA CABAL PEREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia declarada. **Declaró** que la demandan ANGELA MARIA CABAL PEREZ, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy Colpensiones. **Declaró no** probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Costas a cargo de Porvenir SA.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que no se dan los presupuestos de las normas para la ineficacia del traslado, y no puede aplicarse las decisiones de la Corte Suprema de justicia, pues se refieren a otros hechos diferentes a los del presente asunto, pues la actora se trasladó entre diferentes administradoras, reiterando de este modo su satisfacción en el régimen de ahorro individual, sin que se demuestren vicios en el consentimiento de la demandante al momento del traslado. Así mismo, solicita se revoquen los gastos de administración, pues los mismos se generaron por la buena gestión de la administración de los aportes de la demandante.

Por su parte, **Protección SA** apeló en lo que tiene que ver con los gastos de administración, teniendo en cuenta que las mismas se encuentran contempladas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, precisando que si el efecto de la nulidad es volver a su estado anterior, no se habrían causado si quiera estas cuotas de administración. No obstante, de confirmar la devolución de las comisiones, entonces no debe ordenarse devolver los rendimientos, pues se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Finalmente, ha de precisarse que Protección SA actuó de buena fe, toda vez que mensualmente descontaba de la cuenta de ahorro individual de la demandante una cifra con destino a la aseguradora para cubrir un siniestro si a ello hubiere dado lugar, resaltando que el seguro previsional ya fue cancelado mes a mes a una aseguradora, y Protección SA estaría ante una imposibilidad de recobrarlo, y devolverlo a Colpensiones, pues en este caso, la aseguradora es un tercero que actuó de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre el afiliado y Protección SA.

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 PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA CLAUDIA RAMIREZ GAFARO el día 11 de diciembre de 1996; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección 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 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 PORVENIR SA, el 11 de diciembre de 1996, con efectividad a partir del 1 de febrero de 1997, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Colpatria SA el 3 de octubre de 1997, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1997, luego, solicitó trasladarse a la AFP Colmena el 18 de septiembre de 1999, efectiva a partir del 1 de noviembre de 1999, dada la cesión por fusión quedó afiliada en la AFP ING hoy Protección SA a partir del 1º de abril de 2000 (fl. 290).

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 (fls. 69 a 84), PORVENIR SA (fls. 97 a 232) y PROTECCIÓN SA (fls. 266 a 305). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Porvenir SA aportó: formato de vinculación (2001, 1997 y 1996), relación de aportes, relación histórica de movimientos, sábana de bono pensional, resumen de historia laboral. Protección SA aportó: formato de vinculación (1999), historia de vinculaciones del SIAFP, reporte estado de cuenta, políticas de asesoría, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de diciembre de 1996, , 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)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 Edison Ospina (fl. 44), 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 al demandante que, al momento de trasladarse tener 682 semanas cotizadas (fl. 39) y 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1959), 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 2016 (tendría más de 1.000 semanas – fl. 96 a 39), 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 la AFP Porvenir 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Porvenir SA el 11 de diciembre de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** 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 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

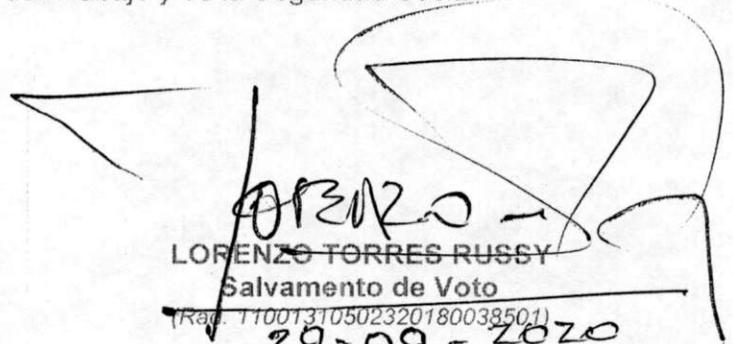
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502320180038501)



LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502320180038501)

29-09-2020

Anejo.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502320180038501)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso 23-2018-00385-01

ANGELA MARIA CABAL VS COLPENSIONES Y OTROS.

Respetuosamente salvo voto, por las siguientes razones:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del trasalado en el artículo 271, como del resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado en la forma prevista en el Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa alli señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP; sin que en el proceso se haya demostrado ninguno, porque la escogencia de régimen pensional solo define la forma en que va a financiarse la pensión, pero no da derecho a un monto subjetivo de la mesada.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que no pueden aplicarse los restablecimientos previstos en el primer estatuto citado y porque el acto de afiliación no tiene carácter contractual sino que es un acto unilateral de adhesión, que nace por disposición legal así como sus efectos.

La demandada COLPENSIONES es un tercero frente al acto de afiliación al RAIS, no intervino para nada en la decisión de la afiliada, ningún perjuicio causó y ninguna obligación le asiste frente a la ineficacia del traslado; pues como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo consecuente es hacer una nueva afiliación.

Trasladar a la demandante a Colpensiones cuando ya tiene cumplida la edad para acceder al derecho a la pensión, sin que



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 23-2018-00719-01

Bogotá D.C., septiembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **JORGE PRIETO ACEVEDO.**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA. .**
ASUNTO : **APELACIÓN Y 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 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de Junio 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 220 a 222), así como Colpensiones (folio 223 a 224) 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:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES:

El (la) señor(a) JORGE PRIETO ACEVEDO. instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 124 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Protección SA el mes de julio de 1995- por no brindarle información veraz.

- Que se condene a Colpensiones a afiliarse al demandante en el RPM, y recibir los aportes, y reconocer y pagar su pensión de vejez
- Que se condene a la AFP Protección SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 136 a 152), la AFP PROTECCIÓN SA (fls. 162 a 204), de acuerdo al auto visible a folios 205. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 23 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de junio de 2019, declaró nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP Protección SA el 12 de julio de 1995, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condenó a AFP Protección SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante una vez demuestre su retiro del régimen pensional, conforme a los parámetros de la ley 797 de 2003 Impuso costas a demandadas.

Apela Colpensiones: Que claramente se trata de un error de derecho que no vicia el consentimiento conforme al artículo 1509 del CC. Que no demostró tener más de 15 años para poder retornar en cualquier tiempo al RPM. Solicita se revoque la decisión.

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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) JORGE PRIETO ACEVEDO. El día 12 de julio 1995; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.**3-** Si hay derecho a reconocer y pagar la pensión de vejez.

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 el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, el 12 de JULIO de 1995 (fl. 180).

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 de septiembre 9 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 demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 136 a 152), la AFP PROTECCIÓN SA (fls.162 a 204, solo adjuntan como pruebas: Colpensiones la historia laboral y el expediente administrativo; Protección SA: El formato de solicitud de afiliación en 1995, historia de vinculaciones del SIAFP válido para bono, contestación derecho de petición de agosto 14 de 2018, Certificado de afiliación a porvenir, relación de movimientos y aportes, concepto emitido por superintendencia financiera de diciembre 29 de 2015 y comunicado de prensa de año de gracia.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 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 la pensión siquiera igual a la que tendría en el RPM, 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, pero no dicen quién era el asesor, 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 del demandante que, al tener al momento de trasladarse 357.71 semanas cotizadas (fl. 187) y 38 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1956), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2016, (tenía más de 1.000 semanas – fl. 187), 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.

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.

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, contrario a lo afirmado en su apelación.

Ahora, en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, habrá de revocarse en este aspecto el fallo del a quo, puesto que si bien le asistiría el derecho pensional, este no puede declararse en este momento, habida cuenta que a Colpensiones aún no le han sido trasladados los recursos de aportes, rendimientos, y cuotas de administración que se ordenan en este proceso; por lo cual una vez le sean trasladados dichos recursos, si podrá el actor, proceder la solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, en los términos de la ley 797 de 2003.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA el 12 de JULIO de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** parcialmente el fallo proferido en primera instancia.

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. Sin costas en esta instancia.

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

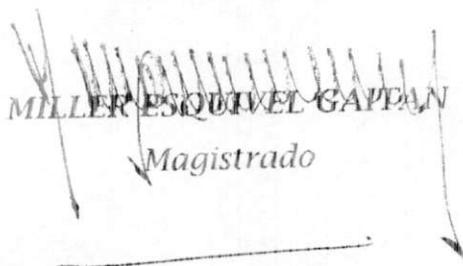
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal 4º del fallo, en cuanto condeno al reconocimiento, y pago de la pensión de vejez, y **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida el 12 de junio de 2019 por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

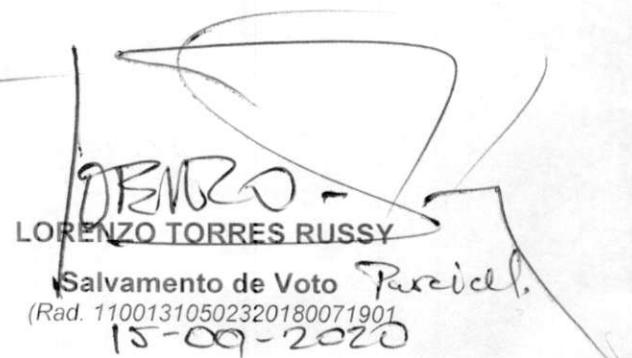
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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. 1100131050123201800719011)


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(Rad. 11001310502320180071901)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto Parcial
(Rad. 11001310502320180071901) *Adopción de voto*


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto Parcial
(Rad. 11001310502320180071901)
15-09-2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso DE

JORGE PRIETO ACEVEDO VS COLPENSIONES Y OTROS.

Respetuosamente salvo voto PARCIAL en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado de regimen y comparto la absolucion de Colpensionanes, por las siguientes razones:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del trasalado en el artículo 271, como del resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado en la forma prevista en el Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa allí señalada.

Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP; sin que en el proceso se haya demostrado ninguno, porque la escogencia de régimen pensional solo define la forma en que va a financiarse la pensión, pero no da derecho a un monto subjetivo de la mesada.

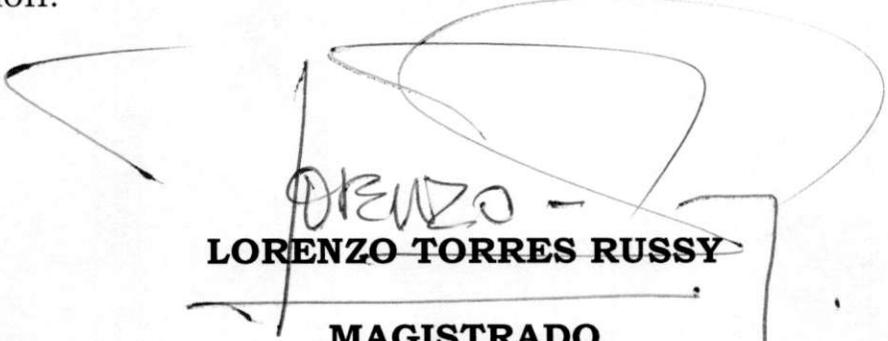
Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que no pueden aplicarse los restablecimientos previstos en el primer estatuto citado y porque el acto de afiliación no tiene carácter contractual sino que es un acto unilateral de adhesión, que nace por disposición legal así como sus efectos.

La demandada COLPENSIONES es un tercero frente al acto de afiliación al RAIS, no intervino para nada en la decisión de la afiliada, ningún perjuicio causó y ninguna obligación le asiste frente a la ineficacia del traslado; pues como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo consecuente es hacer una nueva afiliación.

Trasladar a la demandante a Colpensiones cuando ya tiene cumplida la edad para acceder al derecho a la pensión, sin que

haya cotizado desde el año de su traslado al RAIS, si afecta la sostenibilidad financiera del fondo común, porque en un sistema de reparto simple las mesadas pensionales se pagan con el recaudo de las cotizaciones oportunamente pagadas, razón por la que no pueden hacerse retroactivamente y, por la que la limitación de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 fue declarada executable.

Las afirmaciones anteriores están sustentadas, ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de BEATRIZ HELENA NIETO LEZAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. RADICADO: 11001 3105 004 2018 00374 01, que no se transcribe debido a su extensión.



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

