



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00400-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: FABIO CAICEDO GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP SKANDIA SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES y
PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 4 a 5), así como de Colpensiones (folio 7 a 10) y Porvenir SA (fls. 12 a 17) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) FABIO CAICEDO GÓMEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP SKANDIA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad del traslado efectuado por el señor FABIO CAICEDO GÓMEZ, el día 12 de noviembre de 1998, con la AFP Colpatría hoy Porvenir SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
2. Como consecuencia de la declaratoria de dicha nulidad, solicita se declare la nulidad del traslado efectuado a la AFP Skandia hoy Old Mutual SA, el día 4 de mayo de 2010, por ser nula la primera afiliación.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraiga las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al señor FABIO CAICEDO GÓMEZ en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático.
4. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 54 a 67) y PORVENIR SA (fls. 137 a 154), de acuerdo al auto del 4 de agosto de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 4 de agosto de 2020 se dio por no contestada la demanda por parte de SKANDIA SA.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de octubre de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo el señor FABIO CAICEDO GÓMEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de enero de 1999 a través de la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así también se declara

ineficaz la afiliación efectuada al interior del RAIS. **CONDENÓ** a SKANDIA a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a PORVENIR SA a transferir a Colpensiones las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta del demandante dentro de las siguientes fechas, es decir, del 1 de enero de 1999 al 30 de junio de 2010. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que es claro el incumplimiento de la parte actora, en el deber de diligencia y cuidado en sus negocios, lo cual conlleva a que no pueda ser beneficiario de la nulidad del traslado, dada su negligencia al actuar, eso quedó probado de acuerdo con el interrogatorio de parte, queda acreditado que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se preocupó por conocer su estado pensional, además solo se vino a consolidar cuando el actor se encuentra en su edad de pensión y por la diferencia en los montos pensionales entre Colpensiones y Old Mutual, es claro que cuando el actor decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen, se sometía a las características del nuevo régimen y que podía verse beneficiado o afectado, por lo que no puede señalarse que por haber diferencias en el monto de la mesada pensional Porvenir SA incumplió con su deber de información, es por esto que no es lógico que en este tipo de procesos se alegue falta de información de parte de los fondos de pensiones, cuando en verdad, la inconformidad recae respecto del monto pensional, situación que fuera contraria, no se instaurarían este tipo de demandas. También resalta que las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de los riesgos de la invalidez,

vejez, o la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el RPM los afiliados la obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la Ley, a diferencia del RAIS las cuales se reconocen única y directamente respecto de los aportes realizados por el afiliado en su cuenta de ahorro individual. Ahora, en caso de confirmarse el caso, solicita no se condene a la devolución de gastos de administración y las sumas que ha pagado por concepto de seguros previsionales que está obligada a contratar, ello es así por cuanto las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso, el demandante mantuvo su vinculación con el RAIS con Porvenir, de tal suerte que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran en poder de Porvenir, pues se encuentran destinadas a cubrir todos los gastos que implica la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del actor, así pues, tampoco es procedente que Porvenir deba restituir las sumas que pagó por conceptos de los seguros previsionales durante el tiempo que duró afiliado a Porvenir, por cuanto ya no están en su poder, pues ya se causó el cubrimiento de las contingencias que fueron contratadas.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que resulta improcedente la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por el demandante, toda vez que el mismo hizo uso del derecho de traslado de régimen pensional, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en noviembre de 1998, sin que se haya ejercido presión o coerción alguna al momento de tomar su decisión de afiliarse a la AFP de manera libre, espontánea y voluntaria, teniendo en cuenta que para el momento de la afiliación, se encontraba frente a una mera expectativa, la cual sería inocua la presentación de una proyección o comparación de la posible mesada pensional del demandante, toda vez que la misma solamente se conocería hasta que el demandante contara con la totalidad de los requisitos para adquirir su derecho pensional, conforme la normatividad. Por tanto, sería improcedente y se haría incurrir al demandante al efectuar tal proyección, pues la misma sería errada, aunado al hecho el demandante en el año 2003 tuvo la posibilidad de retornar al RPM e incluso a lo largo de su afiliación al RAIS, previo a contar con la edad de 52 años, pudo haber solicitado su retorno al RPM sin que se evidencie que durante toda su afiliación, desde el año 1998 que se afilió al RAIS, el demandante siquiera se haya acercado a una oficina del ISS o de Colpensiones a solicitar una información tendiente a su derecho pensional de cómo adquiriría el mismo, por lo que se

evidencia que el demandante no estaba conforme y de acuerdo con las condiciones del RAIS a lo largo de toda su afiliación, y por lo tanto sería válida y ratificada de manera tácita, conforme lo dispone el artículo 1754 del CC, y el Decreto 2241 de 2010, en el cual se describen los deberes del consumidor financiero en el cual se establece que los consumidores deberán informarse debidamente de los efectos legales y las condiciones del sistema general de pensiones, y al guardar silencio respecto a tales condiciones se entenderán aceptas las consecuencias que conlleve, esto si bien impone un deber de información a las administradoras, esto no exonera al afiliado de informarse respecto de la escogencia de régimen, del cual dependerá sus expectativas pensionales, trayendo a colación la sentencia con Rad 68852, y de ésta Corporación del 29 de septiembre de 2020 proceso 39-2018-034 y 39-2018-552, en la cual se dispuso que al estar en plena capacidad los afiliados, los mismos deberán acudir debidamente ilustrados al decidir su escogencia pensional y de igual forma, se encuentra manifestada la voluntad del afiliado, al momento de suscribir su afiliación y efectuar debidamente sus cotizaciones durante la afiliación a la AFP, como quiera que ha transcurrido más de 10 años desde su afiliación primigenia al RAIS al día de hoy, se encontraría prescrita la posibilidad del acto jurídico de ineficacia a la AFP o al RAIS, toda vez que el término de que trata los artículos 488 y 151 del CST y SS y CPT y el artículo 1750 del CC, en el mismo se establece un término de 4 años y en la legislación laboral un plazo de 3 años, para iniciar las acciones tendientes a reclamar, sin que se pretenda la prescripción del derecho pensional descrito en el artículo 48 de la Constitución Política, toda vez que se habla de la prescriptibilidad de los actos jurídicos, pues como ya se manifestó, la afiliación es un acto jurídico el cual estaría sujeto a la excepción de prescripción conforme lo dispone la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689 de 2019, con Rad. 65791 del 8 de mayo de 2019. En caso de confirmar la sentencia, solicita se ordene a Porvenir SA normalizar la afiliación del demandante en el SYAFP y la devolución de la totalidad de los aportes con destino a Colpensiones y el archivo del demandante.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 COLPATRIA (hoy Porvenir SA) efectuado por el (la) señor (a) FABIO CAICEDO GOMEZ el día 1 de enero de 1999; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP OLD MUTUAL SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y 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 COLPATRIA SA (hoy Porvenir SA), el **12 de noviembre de 1998** (fl. 14), posteriormente se trasladó a la AFP SKANDIA (hoy Old Mutual SA) el 24 de mayo de 2010.

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del

decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 147 a 153) y PORVENIR SA (fls. 160 a 285). Colpensiones aportó: expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: reporte de historia laboral, certificado de afiliación, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de noviembre 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 12 de noviembre de 1998, el demandante tenía 881.43 semanas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 10 de mayo de 1956) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2018, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.728,86 semanas – fl. 22 a 25), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder

tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Skandia 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor Fabio Caicedo Gómez del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA SA el 12 de noviembre de 1998, y en consecuencia se **MODIFICARÁ** en este sentido el fallo proferido en primera instancia.

Se confirma en lo demás.

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 EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

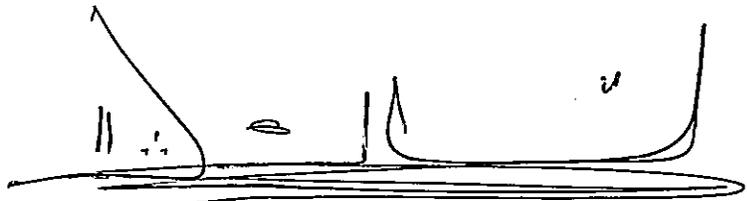
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **FABIO CAICEDO GÓMEZ** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA SA el 12 de noviembre de 1998.

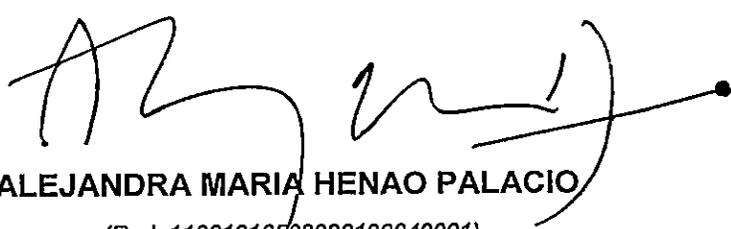
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503920190040001)


DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310503920190040001)
Aclaro Voto!


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503920190040001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00267-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARTHA ELMY NIÑO VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES y
COLFONDOS SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Colfondos SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 5 a 13), así como las demandadas Colpensiones (fls. 15 a 19) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARTHA ELMY NIÑO VARGAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP COLFONDOS SA, de la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS.
2. Condenar a la AFP COLFONDOS SA a aceptar la nulidad de la vinculación de la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS, al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional.
3. Condenar a la AFP COLFONDOS SA, aceptar que la asesoría de parte de los vendedores del fondo fue tan mala que sabiendo que Colpensiones era quien le favorecía a sus intereses de pensión, inducen a la demandante erróneamente al traslado de régimen.
4. Que como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a la AFP COLFONDOS SA, trasladar a favor de COLPENSIONES las sumas de dinero recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, con los respectivos reajustes económicos (indexación). Así mismo, se realicen los cruce y/o reajustes correspondientes en virtud de los recursos que con ocasión de la pensión haya efectuado COLFONDOS SA.
5. Ordenar a la AFP COLFONDOS SA el retorno de la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.
6. Ordenar el pago de los intereses moratorios en los términos consignados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
7. Condenar al fondo de pensiones, al pago de la suma de 50 SMLMV, tal como lo dispone el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993; como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS.
8. Condenar a COLPENSIONES, para que reciba los dineros trasladados por la AFP COLFONDOS, y estos sean validados en la historia laboral de la demandante.
9. Condenar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la afiliación a aceptar a la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS

en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.

10. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 116 a 130) y COLFONDOS SA (fls. 91 a 114), de acuerdo al auto del 12 de agosto de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la señora MARTHA ELMY NIÑO VARGAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, el día 14 de marzo de 1996 a través de la Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a COLFONDOS a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas. **AUTORIZÓ** a COLPENSIONES para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de COLFONDOS SA. **COSTAS** a cargo de COLFONDOS SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLFONDOS SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada

y en su lugar se absuelva a Colfondos SA, en lo que tiene que ver con la condena impuesta por los gastos de administración, y también los gastos que se pagaron por concepto de pólizas de seguro previsional. Resalta que los gastos de administración no entran a engrosar el capital de la afiliada, y en lo que tiene que ver con los descuentos por concepto de póliza de seguro previsional se utilizan para atender las eventualidades de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y asesoría para la contratación de la renta vitalicia, para financiar el fondo de solidaridad pensional y para cubrir el costo de la administración del régimen, por lo tanto estos descuentos se realizaron conforme a la normatividad vigente y resalta que el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 señala dentro de las características del RAIS: *“Los afiliados al Régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar”*, dentro del cual no se menciona los gastos de administración o los dineros que se utilicen para pagar las pólizas del seguro previsional hagan parte del capital que va a ser para el reconocimiento de la pensión de vejez.

De otra parte, los aportes mencionados anteriormente, se capitalizarán en la cuenta individual del régimen de ahorro individual, aunado al hecho que el pago de las pólizas del seguro previsional se destina para atender las pensiones de invalidez y sobreviviente. Así mismo, esta deducción de gastos de administración se realiza conforme las normas legales, no son invenciones de los fondos porque la misma Ley así lo prevé, y por lo tanto se continuarán realizando tanto en el RPM como en el RAIS. Igualmente, se hace una lectura diferente del Decreto 2355 de 2010, contrario a como siempre se ha realizado, y es que los gastos de administración tienen una destinación específica, dentro de los cuales está garantizar la defensa judicial del fondo y la otra es la compra del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y otros 9 son destinados para realizar las inversiones de los fondos que generan rendimientos que son depositados mes a mes en la cuenta individual de cada afiliado, dichos gastos de administración no hacen parte de la cuenta individual, y por lo tanto continuar con esta condena en contra de las administradoras hubiese tenido que vincular al fondo de solidaridad, como a la compañía que se adquirió la póliza del seguro previsional, pues éstos recibieron los dineros, y sería un enriquecimiento sin justa causa, es de señalar que debe hacerse una ponderación entre los gastos de administración y lo que fueron las ganancias que obtuvo la afiliada, como rendimientos e intereses que obtuvo la demandante y se va a notar que la cuenta individual de la actora se vio duplicada con los rendimientos dada la buena gestión de COLFONDOS, y por tal razón no cabe una

condena en éste sentido, ya que se tendría una condena de perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del plenario, y más aún cuando no se aportó prueba siquiera sumaria dentro del proceso que se hubiese generado un daño o se hubiera causado un perjuicio.

De otra parte, con la condena de trasladar los gastos de administración más las pólizas de seguro previsional y los rendimientos, se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la demandante.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido ninguna presión o coacción al momento de realizar su afiliación la cual la realizó de manera libre y espontánea y voluntaria, puesto que conforme lo ha dispuesto el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, se establece en cabeza del afiliado la posibilidad de elegir su régimen pensional y tal decisión no permite que las administradoras rechacen las solicitudes de afiliación de los ciudadanos, y por tanto resultaría improcedente negarse a afiliar a la demandante en la AFP. Aunado al hecho que no puede alegarse al día de hoy una falta de información, cuando si se brindó una información, incluso en el año 2003, se le brindó la posibilidad de retornar al RPM, quienes sentían que sentían algún perjuicio, sin que se evidencia que la demandante hubiera hecho uso de tal derecho. Así mismo, cuando la demandante se acercó a solicitar información sobre su derecho pensional ya se encontraba dentro de la prohibición de que trata el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, en donde se dispone que ningún afiliado podrá trasladarse cuando le falte 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión y en el caso bajo estudio, la demandante solo presentó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones octubre de 2018, evidenciándose en el interrogatorio de parte de la demandante, que en el año 2010 la actora se acercó a una oficina de la AFP y al evidenciar la información que le brindaron presentó su solicitud de retornar a RPM, reiterándose que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal, sumado que al momento de su afiliación cuando solicitó la nulidad de afiliación, había transcurrido más de 3 años conforme lo dispuso el Art. 488 y 151 del CST y CPT y SS, así como lo dispuesto en el artículo 1750 del CC, y al haber pasado más de 10 años, se encontraría prescrita la oportunidad de presentar cualquier acción tendiente a retornar al RPM, teniendo en cuenta que todos los actos jurídicos están sujetos de prescripción sin que se pretenda vulnerar el derecho a la seguridad social de la demandante, prescrito en

el artículo 49 de la Constitución Política, así como en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL1689 de 2019 del 18 de mayo de 2019, así como lo manifestado por ésta Corporación dentro del proceso 31 de julio de 2020 y del 30 de julio de 2020, por tanto, como quiera que no se encuentra acreditado algún perjuicio real o que se le haya incurrido en algún error a la demandante, conforme lo dispone los artículo 1508 y siguientes del CC, se encontraría que la demandante se afilió y ratificó su deseo de mantenerse en el RAIS, conforme lo dispone el artículo 1754 del CC, y por tanto como quiera que la demandante a lo largo de su afiliación no manifestó ninguna inconformidad, no sería procedente acceder a sus pretensiones.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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) MARTHA ELMY NIÑO VARGAS el día 14 de marzo de 1996; 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 14 de marzo de 1996, conforme se desprende de la documental visible a folio 55 del plenario.

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores

judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

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

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

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

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. COLFONDOS SA aportó: comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de marzo 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, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 14 de marzo de 1996, el demandante tenía 881.43 semanas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 10 de mayo de 1956) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2018, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.728,86 semanas – fl. 22 a 25), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor Martha Elmy Niño del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 14 de marzo 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 EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y COLFONDOS SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

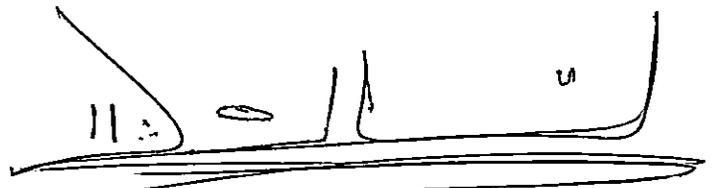
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920190026701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190026701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503920190026701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00245-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: NIDIA YOLANDA AGUIRRE PANCHE
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 9), así como Colpensiones (fls. 22 a 23) y Porvenir SA (fls. 12 a 19) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) NIDIA YOLANDA AGUIRRE PANCHE instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. Declarar la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con la señora NIDIA YOLANDA AGUIERRE PANCHE, a cargo de Colpatria hoy APF Porvenir SA.
2. Declarar como consecuencia la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por la señora NIDIA YOLANDA AGUIERRE PANCHE, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad Colpatria hoy Porvenir SA.
3. Declarar que para efectos personales continúa afiliada la señora NIDIA YOLANDA AGUIERRE PANCHE, en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Declarar que para efectos pensionales al régimen de ahorro individual con solidaridad Colpatria hoy AFP Porvenir SA, fondo al que se encuentra actualmente vinculada, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

1. A la AFP Porvenir SA a tener como nula o inválida el acta o formulario suscrito por la señora NIDIA YOLANDA AGUIERRE PANCHE, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir SA.
2. Que para efectos pensionales, continúa afiliada la señora NIDIA YOLANDA AGUIERRE PANCHE, en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por Colpensiones, al que pertenecía antes.
3. En consecuencia, para efectos pensionales el régimen de ahorro individual AFP Porvenir SA realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por Colpensiones.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 57 a 75) y PORVENIR SA (fls. 108 a 134), de acuerdo al auto visible a folios 174. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de junio de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la señora NIDIA YOLANDA AGUIRRE PANCHE del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1° de julio de 2000 a través de la AFP Porvenir SA, es ineficaz y por ende no produjo ningún efectos jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a Porvenir SA a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. **DECLARO NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de Protección SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000. **AUTORIZÓ** a Colpensiones para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Protección SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, solicitando se declaren probadas todas las excepciones propuestas, teniendo

en cuenta que la afiliación de la demandante se produjo de forma consciente, sin ningún tipo de presión y cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado en el año 2000, solo desde el año 2010 es obligatorio otorgar de manera escrita, es decir, es posible haberle dado la información de manera verbal y así fue como sucedió, respecto de los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informándole el monto de su pensión, además según conceptos y circulares, es perfectamente admisible que la información que se le haya dado a quien quiera afiliarse al RAIS se otorgara de manera verbal, sin que dejara ser la misma transparente y clara, es decir, que la AFP cumplió con todas las obligaciones que tenía a su cargo por mandato legal y reglamentario. De igual forma, resalta que el deber de información no solamente recae en cabeza de la AFP, al ser una entidad financiera, sino también en la demandante al ser una consumidora financiera, de manera que ésta debe informarse de las decisiones que toma, en este caso la decisión de escogencia de régimen pensional, es decir, que al estar una relación que no es de carácter contractual, sino que es de carácter administrativo, no se puede premiar la desinformación por parte de la demandante, ni considerar que existe una posición dominante, aceptando la ignorancia de la Ley de la demandante como una excusa, contrario a lo establecido en el Art. 9 de la CP, siendo la Ley de conocimiento público.

De igual forma, la demandante no logró en el escrito de demanda y de las pruebas aportadas los requisitos tanto de nulidad absoluta, como de la nulidad relativa, los cuales son objeto y causa lícita y ser incapaz absoluta, por cuanto no se encuentra inmiscuida en los requisitos del Art. 1504 CC, ni respecto de la nulidad relativa, porque no hubo ningún vicio en el consentimiento, porque al no cumplir con las expectativas pensionales de la demandante, motivo de la presente demanda, no quiere decir según reiterada jurisprudencia que, se haya inducido a un error o que se haya errado por parte de los asesores debidamente calificados de Porvenir engañando a la demandante, sino que la demanda se presenta por no cumplir con sus expectativas pensionales.

- 2. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** En el fallo proferido considera que la excepción de prescripción no tiene vocación de prosperar, sin embargo las obligaciones de hacer (reclamar) si se encuentran prescritas porque no estamos en presencia de un derecho pensional, finalmente la demandante se puede pensionar en el RAIS si cumple con los requisitos, sino que

estamos en presencia de la nulidad del acto bajo el cual ese derecho se va a ejercer.

3. **DEVOLUCIÓN RENDIMIENTOS:** Lo fallado fue la ineficacia y la consecuencia de ésta es que el vínculo no existió, al no existir el vínculo quiere decir el monto o dinero que se encontraba en la cuenta de ahorro individual de la demandante nunca estuvo allí, porque no estuvo nunca afiliada, al no estar nunca afiliada los aportes no fueron a la cuenta de ahorro que manejó Porvenir y frente a los cuales se generaron unos rendimientos, y por lo tanto, al no haber ni ningún tipo de afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron todos estos años que la demandante estuvo afiliada al RAIS.

4. **DEVOLUCIÓN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Señala que la ineficacia del traslado y su consecuencia es que el vínculo jurídico nunca existió, y en consecuencia los dineros que se usaban para administrar la cuenta de ahorro individual ya fueron utilizados, para proteger diferente tipos de contingencias que le pudieran pasar a la demandante, es decir, la de vejez, invalidez y muerte, como ya fueron utilizados para la debida gestión, este monto de gastos de administración, lo que está generando a Porvenir, es un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en mayo de 2000, conforme lo dispone el Art. 13 de la Ley 100 de 1993 a la AFP Porvenir SA, sin que se haya ejercido presión o coacción al momento de tomar su decisión libre y voluntaria, teniendo en cuenta que la demandante para el momento en que realizó su traslado contaba con una edad suficiente para solicitar la información y haberse informado debidamente sobre las afectaciones o consecuencias que le traería el traslado de régimen de pensional, teniendo en cuenta que al ser una decisión consciente, el traslado de régimen inicial se encontraría aceptado con los efectos legales que ellos conlleve, teniendo como afiliación tácita como se evidencia en la sentencia SL2310 de 2019 que dispone que

habrá aceptación tácita cuando el afiliado guarda silencio respecto de las deficiencias de la afiliación, esto también está basado en el Decreto 2243 de 2010 en el cual se disponen los deberes del consumidor financiero, en su artículo 4 y en donde en el caso de la demandante debió haber solicitado una información adecuada y las condiciones del sistema general de pensiones y específicamente sobre las condiciones y características que le traería el RAIS.

2. **PROHIBICIÓN RETORNO AL RPM:** Aunado a lo anterior, al momento del retorno de la demandante al RPM ya se encontraba frente a la prohibición legal conforme lo dispone el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, toda vez que la actora presentó su solicitud de retorno al RPM cuando ya contaba con menos de 10 años para el cumplimiento de su edad pensional.
3. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Así mismo, con base en los Arts. 488 y 151 del CST y del CPT y SS así como lo dispone el Art. 1750 del CC, ya se encontraría fenecida la oportunidad para la nulidad e ineficacia de la afiliación al RPM, pues éste contrato de afiliación es un acto jurídico que está sujeto del fenómeno de prescripción por tanto, ya se encontraría prescrito para interponer la acción, sin que se vea vulnerado el derecho a la seguridad social, por cuanto su derecho se encuentra consagrado en el Art. 48 de la CP, se encontraría protegido con su válida afiliación a Porvenir, por lo tanto se encuentra ratificada la decisión de la demandante en estar afiliada al RAIS en virtud del Art. 1754 del CC toda vez que solo hasta el año 2018 presentó la demandante su petición de retornar al RPM.

En caso de confirmar la sentencia, solicita requerir a la AFP Porvenir SA normalice la afiliación en el sistema SYAFP, así mismo la devolución de los aportes a Colpensiones, con la respectiva entrega de los archivos y detalle de aportes realizado durante su permanencia en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 COLPATRIA efectuado por el (la) señor (a) NIDIA YOLANDA AGUIRRE PANCHE el día 31 de mayo de 2000; 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 consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA SA el 31 de mayo de 2000, con efectividad a partir del 1º de julio de 2000 y dadas las cesiones por fusión quedó afiliada inicialmente a la AFP HORIZONTE SA a partir del 29 de septiembre de 2000 y finalmente a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 137).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de

1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES no aportó ningún elemento probatorio. PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, detalle de aportes, sábana de bono pensional, Historia laboral consolidada, formato de afiliación (2000).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de mayo de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 31 de mayo de 2000, el demandante tenía 980 semanas (fl. 60), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de junio de 1959 – fl. 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2016, toda vez que actualmente tiene más de 1862 semanas – fl. 60, 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**

TRASLADO que realizó la señora MARIA TERESA ABAUNZA GONZALEZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA (HOY PORVENIR SA) el 31 de mayo de 2000.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

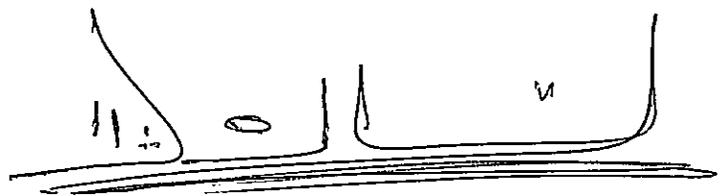
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

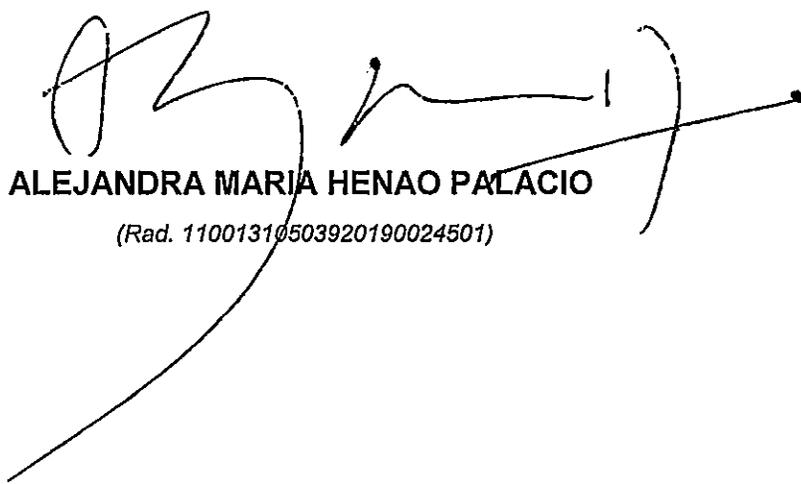
Ponente

(Rad. 11001310503920190024501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190024501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920190024501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 39-2019-00049-01

Bogotá D.C.; mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARTHA RUTH BELTRAN
LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS
DEMANDADOS: AFP PORVENIR SA
ASUNTO : RECURSO APELACION 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 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de junio de 2020 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

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

ANTECEDENTES

Los señores MARTHA RUTH BELTRAN y LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS instauró demanda ordinaria laboral contra de AFP PORVENIR SA, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5):

1. Que la AFP Porvenir SA reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, a MARTHA RUTH BELTRAN DE GAITAN y LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS, por la muerte de su hija, la señora quien en vida respondía al nombre de LIZETH NATALUA GAITAN BELTRAN (QEPD), a partir del 1º de diciembre de 2016, fecha de su fallecimiento, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hubieren y sigan causando, durante el trámite del presente procesos y los incrementos de Ley.
2. Reconocer la sanción por el no pago oportuno de sus mesadas pensionales según lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
3. De manera subsidiaria, reconocer la indexación de todas y cada una de sus mesadas pensionales.
4. Costas procesales.

La **AFP PORVENIR SA** contestó la demanda (fls. 71 a 82), de acuerdo al auto visible a folio 112. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de junio de 2020, **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, propuesta por la demandada. En consecuencia **NEGÓ** las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.

RECURSO DE APELACION

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **PENSION SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no solamente la prueba documental da cuenta de la dependencia económica, sino la prueba testimonial e interrogatorios de parte, en donde vemos que no fueron testigos de oídas, sino que vieron cuando la causante pagaba el mercado, y que incluso pagan los servicios públicos, lo que quiere decir que fueron testigos presenciales, y hablaron todos de forma independiente pero coincidentes, no fue un testimonio aislado, aclarando los

hechos de la demanda para que los actores puedan ser beneficiarios de la prestación, a sabiendas que no existen personas con mejor derecho que los padres.

Ahora bien, se tiene por sentado que dicha dependencia no debe ser absoluta, o sea no tiene que ser completa, pero si debe ser por lo menos una dependencia mínima hacia la causante, pues no solamente aportó en comida o en el mercado, sino que también aportó para pagar servicios público, recreación y también parte de los medicamentos del demandante que podían ascender incluso a \$1.000.000, que los cubría parcialmente, lo que quiere decir que ayudaba económicamente a cubrir una necesidad básica del hogar, la alimentación es básica, la salud es básica, la compra de los medicamentos es básico, servicios públicos es básico, pues quien vive sin agua, luz, teléfono, por lo que solicita se analice la sentencia 650 de 2020, en donde indica que no debe ser absoluta la dependencia económica, tampoco los beneficiarios deben estar en estado de indigencia, pero si debe ser claro que los demandantes acudieron a varios créditos para subsistir. Aclara que la causante nació en el año 1988, salió del colegio en el año 2000, y a los 17 años, a eso del año 2005 comienza a trabajar, sin que importe si fue un trabajo formal o informal, y a partir del año 2008, cuando la causante ingresó al Sistema General de Pensiones, es cuando se evidencia con la prueba documental que inicia a cotizar al sistema de Seguridad Social en el año 2008, pero eso no quiere decir que con anterioridad la causante comenzó a trabajar y a tener independencia económica a efectos de acreditar una independencia económica.

No puede perderse de vista que la mesada pensional que devenga el demandante tiene por objeto garantizar una renta periódica a los miembros del grupo familiar, pero lo que la causante aportaba protegía al núcleo familiar en su vida, y al firmar el formulario de vinculación a la administradora, informando que no dependían económicamente y que eran autosuficientes, se olvida que la asesora es la encargada de asesorar a afiliado de manera transparente, adecuada y completa, pues se trata de personas de la tercera edad que no tienen el conocimiento de los términos jurídicos, por lo que desconocer el interrogatorio de parte de los demandantes, y darles otra interpretación, cuando afirmaron que incluso tuvieron que acudir a una empresa para pedir préstamos para pagar el estudio de la causante, por lo que se requiera que se reconozca la pensión de sobreviviente a efectos de vivir con dignidad, con fundamento en las pruebas traídas al proceso, y que

se declare que no fueron testigos de oídas, pues la testigo viajaba cada 8 días y después cada 15 días, y en un año, una vez, incluso da el nombre exacto de donde iban a mercar, en el zapatoca, hasta el centro comercial lo mencionaron, quien da nombres exactos si no han presenciado la situación, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le 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 JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1) Sí conforme al material probatorio recaudado, los señores MARTHA RUTH BELTRAN y LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS en calidad de padres de la afiliada fallecida, acreditan la condición de beneficiarios para que les sea reconocida la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento de su hija LIZETH NATALIA GAITAN BELTRAN.

DE LA PROCEDENCIA DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES:

Sea lo primero en indicar que se encuentra plenamente acreditado dentro del plenario que los demandantes MARTHA RUTH BELTRAN y LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS ostentan la calidad de padres de la causante LIZETH NATALIA GAITAN BELTRÁN, de conformidad con el registro civil de nacimiento visible a folio 14.

Que mediante Resolución No. 034506 del 27 de julio de 2007, el extinto ISS hoy Colpensiones, le reconoció pensión de vejez a favor del señor LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS a partir del 16 de mayo de 2007 en cuantía inicial de \$845.339 (fl. 27).

Por otro lado, se encuentra plenamente acreditado que la señora LIZETH NATALIA GAITAN BELTRAN falleció el 1 de diciembre de 2016, de conformidad con el registro civil de defunción visible a folio 15 del plenario, razón por la cual la norma aplicable

para definir el derecho a la pensión deprecada corresponde a la norma vigente al momento del fallecimiento, conforme lo ha indicado entre otras la sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma aplicable para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada corresponde al literal d) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone que podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ***"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este"***.

Ahora bien, el numeral segundo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 establece podrá ser posible el reconocimiento de la prestación de sobreviviente, siempre y cuando el afiliado fallecido hubiese cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, precisando que de conformidad con el reporte de historia laboral expedido por Porvenir SA (fl.41 a 44), da cuenta que la causante cotizó un total de 400 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 111,54 fueron cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre 1 de diciembre de 2013 y el 1 de diciembre de 2016, cumpliendo de esta manera con el primer requisito establecido por la norma en comento.

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, establece que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los **padres del causante si dependían económicamente de éste.**

Motivo este que fue determinante para que la accionada se negara a reconocer la prestación ante la falta de acreditación de dependencia económica de la causante, conforme la comunicación del 2 de junio de 2017 dirigida a la demandante (fl. 45).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL15515 radicación No 53076 del 27 de septiembre de 2017, en la que el máximo órgano de cierre ha adoctrinado que a efectos de determinar la dependencia económica, la misma no puede equipararse a un estado de miseria de los padres para acceder al beneficio de la pensión de sobrevivientes, ya que, antes de imperar el concepto de subsistencia, en materia de seguridad social, predomina el de vida digna y decorosa de los

afiliados, por lo que el entendimiento que se dio al literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde al criterio jurisprudencial sostenido por la H. Corte Suprema de Justicia, en relación con lo adoctrinado igualmente en sentencia C-111 de 2006.

Bajo el anterior presupuesto, entonces determinará la Sala si en el presente caso se demuestra que los padres de la causante **dependían económicamente** de su hija LIZETH NATALIA GAITAN BELTRÁN, esto es, si con sus ingresos ésta contribuía a satisfacer las condiciones mínimas de subsistencia de sus padres, o si por el contrario, como lo sostiene la parte demandante recurrente, de conformidad con la prueba obrante dentro del plenario, tal dependencia económica se verifica en el presente asunto.

Con respecto al requisito de la **dependencia económica**, aspecto al que se contrae la inconformidad al recurrente, debe resaltarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-111 de 2006 al estudiar la constitucionalidad del requisito de la dependencia económica de los padres del causante, declaró inexecutable las expresiones *«de forma total y absoluta»*, considerando que una exigencia así va en contravía del principio de proporcionalidad, en tanto sacrifica el derecho al mínimo vital, la dignidad humana, y desconoce el deber de protección integral a la familia.

Estimó la Corte Constitucional que admitir que la dependencia económica deba ser total y absoluta, implicaría desconocer aquellos casos en que los padres si bien tienen ingresos propios, los mismos resultan insuficientes para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia, razón por la cual requieren de la ayuda de sus hijos. Al respecto indicó:

«(...) se desconoce el citado principio constitucional (protección integral a la familia) que a su vez se convierte en eje y pilar de la sociedad, al someter a los padres a una situación de abandono, miseria e indigencia para poder reclamar en condición de beneficiarios la pensión de sobrevivientes de sus hijos, pues se ignora que por razón de su avanzada edad y muchas veces por la imposibilidad de conseguir un trabajo, la única fuente que asegura su mínimo existencial es la citada pensión, a pesar de recibir otros ingresos que

resultan materialmente insuficientes para acreditar el cumplimiento de dicho fin. (...)»

Como sustento de lo anterior, obra dentro del plenario declaración extra proceso del 28 de mayo de 2018, rendida por los demandantes, quienes manifestaron que la causante al momento del fallecimiento no dejó hijos reconocidos, ni extramatrimoniales, ni por reconocer que dependieran económicamente de ella, ni ningún otro beneficiario que se sienta con derecho alguno a reclamar la pensión de sobrevivientes, que el estado civil de la causante era soltera sin unión marital de hecho vigente u no convivía con persona alguna, ni tenía ningún vínculo marital ni matrimonial, y que les consta que exista otras personas con igual o mejor derecho a reclamar y no sabemos ni nos consta de la existencia de testamento alguno, ni designación de albacea ni administrador de bienes de la herencia. Que la señora Martha RUTH BELTRAN GAITAN dependía económicamente de su hija LIZETH NATALIA GAITAN BELTRAN (QEPD), debido a que por su avanzada edad se encuentra cesante laboralmente, razón por la cual no recibe ingresos de ninguna entidad ni se encuentra pensionada, que si bien el señor LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS es pensionado, actualmente cuenta con epilepsia desde hace 50 años, la cual ha sido muy difícil de controlar y la señora BELTRAN DE GAITAN por su avanzada edad y por estar al cuidado de su esposo, se encuentra cesante laboralmente (fl. 17).

Así mismo, reposa declaración extra proceso rendida por la señora NAYIB CECILIA DEL PILAR VELASQUEZ DIAZ (fl. 19), MARIA DEL CARMEN VELANDIA PALOMINO (fl. 21), quien indicó conocer a la causante hace 27 años, hija de los aquí demandantes, quien no dejó hijos extramatrimoniales, ni hijos reconocidos ni por reconocer, adoptivos, incapacitados, inválidos para trabajar, ni vivos ni muertos, que dependieran económicamente de ella, ni ningún otro beneficiario que se sienta con derecho alguno, que la causante era soltera sin unión marital de hecho vigente y hasta su fallecimiento convivía bajo el mismo techo con sus padres, los aquí demandantes. Que la causante era quien sufragaba de manera importante los gastos del hogar, debido a que su padre, el señor LUIS EDUARDO GAITAN, a pesar de estar pensionado, es una persona que cuenta con epilepsia, la cual ha sido muy difícil de controlar por su avanzada edad y su madre, por estar al cuidado de su esposo, se encuentra cesante laboralmente.

Igualmente, aportaron sendos servicios públicos de codensa, con su respectivo pago (fl. 23), gas natural (fl. 24), hydros Mosquera (fl, 25), claro (fl. 26), historia clínica del demandante Luis Eduardo Gaitán que da cuenta de la enfermedad que padece (fls. 28 a 40).

Se recibió el interrogatorio de parte al señor **LUIS EDUARDO GAITAN PALACIOS** indicó que después del fallecimiento de su hija quedó mermado económicamente, pues colaboraba con el mercado, servicios y vestidos, quedaron desentendidos económicamente, y si bien admite ser pensionado, señala que no le alcanza para la comida, el mercado y los servicios del hogar. Que les tocó recurrir a pedir préstamos a amigos y conocidos para alcanzar a pagar los servicios y la comida. Que sus gastos mensuales son agua un valor promedio de \$80.000, luz \$40.000, claro \$120.000, gas \$12.000, para la epilepsia de los medicamentos que no le daba la EPS \$1.000.000, transporte \$80.000 y lo que se gasta además de mercado, que su enfermedad la padece desde los 22 años, y le cambian los medicamentos periódicamente. Que viven en una casa de propiedad del señor Luis Eduardo. Que recibe una mesada pensional de \$1.200.000. Que no era beneficiario en salud de la causante, porque era pensionado, y obligado a cotizar a salud. Que la causante se graduó de la CUN, y la misma causante se pagó la carrera, con la poca ayuda que podía hacer el demandante y prestamos. Que la causante no tenía vehículo, ni propiedad, ni deudas. Que la causante trabajó en tiempo en la vicepresidencia del Ministerio de Turismo, luego en la Universidad Jorge Tadeo Lozano en unos proyectos de Ecopetrol, después en la Universidad Minuto de Dios. Que desde que el demandante se pensionó fue que empezó a requerir mas ayuda de su hija, pues la mesada pensional no le alcanza para todos los gastos del mes. Que la causante era la que hacía el mercado. Que los demandantes vivían con la causante, pues otras hijas eran mayores de edad y tenían sus propias responsabilidades con sus familias.

Se recibió el interrogatorio de parte de la señora **MARTHA RUTH BELTRÁN**, quien indicó que cuando falleció la causante, la parte económica se fue al piso en el hogar, pues aportaba económicamente en la manutención, ayudaba mucho en el mercado, en el pago de los servicios, pues la pensión del demandante no era suficiente. Que hoy en día la mesada pensional que percibía el demandante era de \$1.200.000. Que la señora Martha siempre dependió económicamente de su hija y de su esposo. Que la causante se graduó de la Universidad CUN, de administración hotelera, y se pidió un préstamo para poder pagar la universidad de la causante. Posteriormente, comenzó a trabajar, y empezó a ayudar al hogar, con el mercado y pago de algunos

servicios. Así mismo, ayudaba con la compra del medicamento para la epilepsia del esposo, cuando no le daba la EPS el medicamento, así como las veces que debían irse a urgencias por la enfermedad que padece el esposo. Que la ayuda de la causante era superior a la mesada pensional que devenga el demandante. Que la causante desde que entró a la CUN pudo trabajar como impulsadora vendiendo atún, y desde ese momento comenzó a ayudar económicamente en el hogar. Que la causante antes de fallecer estuvo desde el año 2015 convaleciente y fueron unos 20 meses enferma, hasta que falleció el 1 de diciembre de 2016. Que cuando se graduó la causante, y comenzó a trabajar, daba todo lo que ganaba, y compraba el mercado, pagaba los servicios,

Se recibió el testimonio de la señora **NAYIB VELASQUEZ DIAZ**, quien indicó que es la esposa de un sobrino de los demandantes, y los conoce hace más de 27 años, y en ese momento la causante tenía 5 años aproximadamente. Que los frecuentaba regularmente, pero cuando la causante se enfermó visitaban a la familia cada 15 días. Que la causante comenzó a trabajar desde los 17 años, en la Universidad Minuto de Dios, también Trabajo en el Ministerio, y le colaboraba a sus padres. Que de lo único que viven los demandantes es una pensión que devenga el actor, pero no les alcanza para pagar todos los servicios de la casa, y la causante era la que les colaboraba en todo pagaba los servicios, compraba el mercado, porque en algunas oportunidades acompañó a la demandante y a la causante y era la causante quien quien pagaba todo el mercado, llevaba a sus padres de paseo, los llevaba a comer, a centro comercial, a veces le ayudaba a comprar las medicinas de su padre, porque el seguro se demoraba en dárselas y el señor Luis Eduardo no puede dejar de tomarse la droga. Que en diferentes oportunidades les ha tocado prestarles dinero para que compre la droga, porque la EPS se demora en ordenársela. Que la causante era soltera, no tuvo hijos, que vivía en Mosquera con sus padres. Que los demandantes no recibían ayuda de sus otras hijas, pues tienen sus propias obligaciones.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **ALBA GUINEA DE RINCON**, quien indicó ser amiga de los demandantes hace unos 36 años, porque llegaron a vivir al mismo barrio. Que el hogar de los demandantes era la pareja y las 3 hijas, la causante nació como al año de haberse conocido. Que actualmente siguen siendo vecinos de los demandantes. Que se frecuentaban 2 o 3 veces a la semana. Que mercaban en el Zapatoa, y cada vez que iban se encontraban a la demandante que estaba acompañada de la causante, y era la señora Natalia Gaitán era la que pagaba el mercado. Que la causante estudio en la Universidad y se iba en bus todos los días, y

fue pagada la Universidad con ayuda del papá. Que los demandantes le han contado que el valor de la pensión que recibe el señor Luis Eduardo no les alcanza para todos los gastos mensuales del hogar. Después de la muerte de la causante se sintió el golpe a nivel económico, además por la enfermedad que padece el actor. Que la causante duró 2 años aproximadamente convaleciente. Que la causante no tenía hijos, ni esposo, ni compañero. Que no sabe el salario que devengaba la causante.

Frente al tema de la dependencia económica de los padres, respecto del causante hijo, debe traerse a colación la sentencia SL5574 Rad. 74595 del 11 de diciembre de 2019, en la que el máximo Tribunal adocrinó:

*Respecto de la dependencia económica de los padres del causante, esta Sala Laboral de la Corte se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 4 dic. 2007, rad. 30385 y CSJ SL, 29 jul. 2008 rad. 30847, donde se ilustró que dicho requisito, no se circunscribe a «la **carencia absoluta de recursos**», toda vez que, aunque los beneficiarios cuenten con otros ingresos o auxilios económicos adicionales a los que le suministraba su hijo causante, ello no es óbice para que puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.*

En efecto, esta Sala antes de la declaratoria de inexecutable contenida en la decisión CC C-111-2006, ya había interpretado el concepto de «dependencia económica», con la reforma que introdujo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que no podía tener connotación de «total y absoluta», pues se configura en la medida de que los beneficiarios, a pesar de tener «un ingreso o patrimonio», no sean «autosuficientes económicamente» para subsistir dignamente, situación que los hacían supeditados a la colaboración proveniente del de cuius (CSJ SL, 5 feb. 2008, rad. 30992).

La aludida providencia, fue reiterada por la CSJ SL1804-2018, en donde se enseñó que:

[...] el hecho de que la demandante no solo dependía económicamente de la causante, por cuanto otra de sus hijas contribuía para el mantenimiento del hogar, como lo aduce el censor, lo cierto es que la circunstancia de que otros familiares contribuyeran

con su sostenimiento, no implica que fuera una persona autosuficiente desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica.

Ello es así, por cuanto esta Sala de la Corte ha adoctrinado que el hecho de que un beneficiario cuente con otras ayudas económicas, adicionales a las que le proporcionaba el causante, no impide que pueda tener derecho a la pensión de sobrevivientes. En efecto, al analizar el concepto de dependencia económica esta Corporación adoctrinó:

Esta Sala de la Corte por mayoría, definió en forma reciente un asunto de similares contornos al aquí ventilado, en el que, en suma, reiteró, que la expresión "total y Absoluta", respecto a la dependencia económica, no podía tener tal connotación, cuando los beneficiarios de la prestación no eran autosuficientes económicamente para subsistir dignamente, así tuvieran un ingreso o patrocinio poco representativo para liberarlos de estar supeditados a la ayuda del causante, por lo que tal situación sólo podía ser definida y establecida para cada caso en concreto. En sentencia de 5 de febrero de 2008 Rad. 30992 se dijo:

(...)

Bajo ese contexto, considera esta Sala que aunque la demandante tenía ingresos propios, en tanto laboraba al servicio de la «Compañía de Jesús», estos no eran suficientes para mitigar sus gastos y los del hogar, además que su cónyuge no tenía un trabajo fijó para colaborarle, situación que los hacían dependientes a la ayuda que les brindaba el causante para el sostenimiento del núcleo familiar, como lo eran los servicios públicos y parte de la alimentación.

De suerte que, no encuentra esta Sala la distorsión probatoria ni jurídica que la administradora recurrente le endilga al juez de alzada, pues recuérdese que en los términos de la sentencia CSJ SL3051-

2019, el requisito de la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003:

[...] no implica una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, de modo que el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido, no excluye el derecho de estos de obtener una pensión de sobrevivientes, la única condición que debe cumplirse es que esos ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (CSJ SL 31346, 12 feb. 2008, reiterada en la CSJ SL2800-2014 y la CSJ SL6558-2017).

Es cierto que a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; lo cual, quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014).

No obstante lo anterior, ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026).

En el caso bajo examen, la parte demandante no acreditó su dependencia económica respecto a los recursos de su hija, ya que en el expediente no existen pruebas sólidas que respalden esa relación material. Así, no hay evidencia de las contribuciones que su hija en vida hizo para satisfacer sus distintas necesidades fundamentales, como su alimentación, vivienda, salud, recreación, servicios públicos esenciales, entre otros, pues los mismos demandantes no logran determinar un valor al cual ascendía el aporte de la causante al hogar, ni mucho menos acreditar que los gastos mensuales del hogar superen el valor de la mesada

pensional que recibe el demandante, a efectos de determinar la esencialidad del aporte efectuado por la causante, sin dejar de lado que ni los padres ni las testigos tenían claro el salario de la causante y en cuanto era el valor que aportaba en el hogar a efectos de determinar su porcentaje de ayuda, dado que el demandante devenga una pensión de \$1.200.000.

Por el contrario, lo que sí está probado, es que el demandante Luis Eduardo cuenta con una renta regular y periódica, derivada de una pensión del extinto ISS hoy Colpensiones, situación con la que se está claro que si bien la causante ayudaba al hogar, lo cierto es que la situación de los demandantes se sobrelleva con la mesada pensional del actor. Hecho que, sumado a otras circunstancias, como la existencia de una casa de su propiedad, terminan por esclarecer que la parte demandante no estuvieron subordinados materialmente a su hija para su propia subsistencia.

En efecto, la parte actora en la demanda inicial, admitió que el señor Luis Eduardo, padre de la causante era pensionado, afirmación que resulta corroborada con la aseveración de las testigo, quien aseguró que el cónyuge de la demandante "es pensionado del Seguro".

En segundo lugar, la misma testigo, **NAYIB VELASQUEZ DIAZ**, sostuvo que era la causante quien pagaba el mercado que hacía junto con su madre, la aquí demandante, no obstante la misma afirma vivir en Bogotá, y no fue concreta en afirmar si le constaba dicha situación o era la demandante la que le contaba que era la causante que apoyaba económicamente a su padres. Aseguró igualmente, que la casa donde residen los demandantes es de propiedad de estos.

En tercer lugar, la testigo **ALBA GUINEA DE RINCON**, señaló que mientras la causante no estuvo enferma, le colaboraba a sus padres; ratificó, asimismo, que la casa era de propiedad de estos, y que la señora Martha Beltrán dependía económicamente de su esposo y su hija, cuando ésta trabajaba.

Ahora, aunque es cierto que la citada declarante afirmó que la causante les colaboraba a sus padres, también lo es que, dicha expresión, en el contexto en el que fue emitida, debe entenderse no en el sentido de que estos estuvieran subordinados a la ayuda económica de su hija, sino que ésta les ayudaba o colaboraba en sus gastos habituales; circunstancia que es enteramente entendible, ya que si la causante estuvo laborando y vivió en la casa de sus padres, luce

razonable que haya colaborado en determinados gastos de su hogar, como usualmente lo hacen dos personas que comparten una misma casa o habitación para vivir y en razón de lo cual se reparten o distribuyen cargas monetarias. O como generalmente lo hacen los hijos respecto de los padres, al suministrarles ciertos alivios económicos o apoyo en algunas erogaciones. (Sentencia SL6390 Rad. 48064 del 13 de abril de 2016).

Por lo demás, esta contribución no puede tomarse como un elemento determinante del derecho de la parte demandante, pues la jurisprudencia ha insistido mucho en que la verificación de una simple colaboración o ayuda que los hijos otorguen a sus padres, y que sea irrelevante para la satisfacción de sus necesidades básicas esenciales, excluye la existencia una situación real de subordinación económica (CSJ SL8406- 2015).

Bajo las anteriores consideraciones, al no acreditarse la dependencia económica entre la parte actora, en calidad de padres, y la causante, como hija de los demandantes, siendo una carga probatoria que debe asumir la parte demandante, teniendo en cuenta que estamos frente a un reconocimiento de una prestación, conlleva obligatoriamente a despachar desfavorablemente los fundamentos expuestos en el recurso de alzada y en su lugar **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

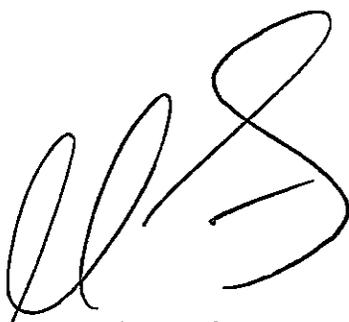
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de junio de 2020 por el Juzgado 39º 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

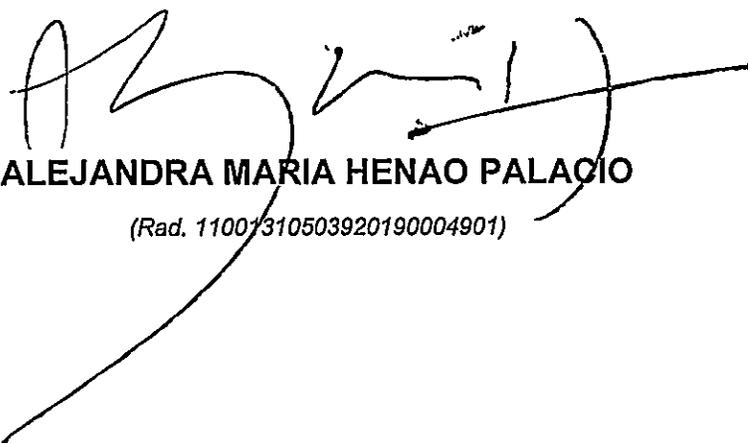
Ponente

(Rad. 11001310503920190004901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190004901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920190004901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2018-00687-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARIA TERESA ABAUNZA GONZALEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 8 a 11), así como Colpensiones (fls. 13 14), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

1. Declarar la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de la demandante al Régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN SA desde el 16 de septiembre de 1999, por cuanto no existió una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
2. Condenar a la AFP Protección SA a que traslade todos los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos e indexación a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones.
3. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y recibir los aportes pensionales realizados por la actora y trasladados por Protección SA.
4. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al pago de la indemnización por daños y perjuicios al haber engañado a la demandante para beneficio de dicha entidad.
5. Condenar a Protección SA al pago de la indemnización por daños y perjuicios al haber engañado a la demandante para beneficio de dicha entidad.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 47 a 58) y PROTECCIÓN SA (fls. 83 a 90), de acuerdo al auto visible a folios 107. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de junio de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la señora MARIA TERESA AUBANZA GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1999 a través de la AFP Colmena hoy Protección SA, es ineficaz y

por ende no produjo ningún efectos jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a Protección SA a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. **DECLARO NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **AUTORIZÓ** a Colpensiones para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Protección SA. **COSTAS** a cargo de Protección SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Protección SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. COMISION DE SEGURO Y GASTOS DE REPRESENTACIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Protección SA, teniendo en cuenta que la demandante se ha visto lucrada con los rendimientos propios de su cuenta de ahorro individual y en este proceso, de manera alguna puede imputarse que sea algún tipo de perjuicio el que se le causó a la demandante, por el hecho de que se sufragaron gastos de administración y comisiones, se tratan de gastos de administración y gastos propios del sistema de pensiones, si se ve como una universalidad, esto quiere decir que estos gastos de administración se causan tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, siendo una carga que está soportada por el afiliado, por disposición legal, uno porque se tratan de gastos de administración que no tienen una destinación diferente a la conservación del bien administrado, así mismo, se ha visto asegurado los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de tal manera que no puede desconocerse éste beneficio ha estado en cabeza de la parte demandante, pues no puede solicitarse, a pesar de entender el alcance de la nulidad declarada, las sentencias tienen que consultar criterios

de equidad y justicia, y en el caso particular, si la parte demandante se ha visto beneficiada del presente acto al declarar la nulidad de traslado, en consecuencia no puede condenarse bajo ningún criterio de equidad y justicia, se reintegren los gastos de administración, los cuales son propios del sistema de seguridad social y de los cuales se ha beneficiado la misma demandante.

- 2. PERJUICIOS CONTRA COLPENSIONES:** No existe ningún perjuicio en contra de Colpensiones a efectos que la habilite a repetir en contra de Protección SA, pues no están demostrados dentro del proceso y tampoco fue una pretensión incoada por la parte demandante, y si existe alguna diferencia en cuanto al monto de las mesadas pensionales es una diferencia que no está sustentada, y no estaría en detrimento de los bienes administrados, atribuible a perjuicio, pues son las mismas normas del sistema de seguridad social son las que imponen la forma de liquidación en cada sistema pensional, recordando que el régimen de prima media es un régimen altamente subsidiado por el Estado.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional al momento de afiliarse a la AFP Colmena, conforme lo dispone el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, tal decisión la tomó de manera libre, voluntaria y espontánea y como quiera que la actora presentó su solicitud de traslado de régimen pensional para retornar al RPM hasta el 8 de noviembre de 2018, habían transcurrido más de 100 desde su afiliación a la AFP Protección, por tanto atendiendo al Art. 1750 del CC, que dispone del plazo para rescindir los contratos y atendiendo a lo dispuesto por los Arts. 488 y 151 del CST y CPT y SS, se encontraría fenecida la oportunidad para solicitar la ineficacia del traslado, toda vez que la afiliación es un acto jurídico y por lo tanto está sujeto de prescripción, como se evidencia en la sentencia SL1689 de 2019 Rad. 65721, donde estudia la prescriptibilidad de los actos jurídicos, sin que de esta forma se esté vulnerando el derecho a la seguridad social de la demandante, establecido en el art. 48 de la CP, puesto que el mismo se encuentra protegido con la afiliación válida a la AFP Protección SA.

Aunado a lo anterior, se tiene que la demandante ratificó su decisión de mantenerse en el régimen de ahorro individual, toda vez que por más de 10 años efectuó sus aportes no se evidenció inconformidad alguna respecto de su afiliación, solo hasta después de haber cumplido la edad para pensionarse es que decidió retornar al RPM.

Finalmente, como quiera que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP Protección SA, estaría en una indebida aplicación del Art. 1604 del CC, en razón que la demandante fue negligente, pues como consumidor financiero tenía la obligación de averiguar su afiliación o desafiliación al sistema pensional, y no se asesoró, como quiera que contaba con una mera expectativa, solicita se revoque la sentencia, y en caso de confirmar, solicita se requiera a la AFP Protección SA normalice la historia laboral de la demandante, y efectúe la devolución de aportes a Colpensiones, con la respectiva entrega de archivos de la demandante realizados durante su permanencia en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 COLMENA (SA) efectuado por el (la) señor (a) MARIA TERESA ABAUNZA GONZALEZ el día 16 de septiembre de 1999; 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 COLMENA SA el 16 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1999. Posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AGP ING a partir del

1 de abril de 2000 y finalmente, por otra cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 91).

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a

conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES no aportó ningún elemento probatorio. PROTECCIÓN SA aportó: Historia laboral, sábana de bono pensional, formato de afiliación (1999), historia de vinculaciones del SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado

no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 16 de septiembre de 1999, el demandante tenía 957,29 semanas (fl. 92), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 21 de octubre de 1962 – fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2019, toda vez que actualmente tiene más de 11859,29 semanas – fl. 92, 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARIA TERESA ABAUNZA GONZALEZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA (HOY PROTECCIÓN SA) el 16 de septiembre de 1999.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

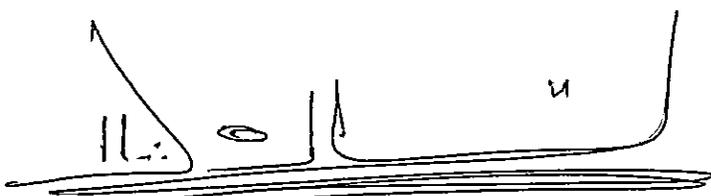
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920180068701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920180068701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920180068701)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2016-00655-02

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JENNY ARLEN HERNANDEZ MELO
DEMANDADO: ANIXTER COLOMBIA SAS
ARL SURA
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN 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 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 8 a 15), así como de la ARL SURA (fls. 4 y 5), y la demandada ANIXTER COLOMBIA SA (fls. 17 a 19) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **ANIXTER COLOMBIA SAS** y **ARL SURA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 137 a 139):

PRETENSIONES PRINCIPALES:

- 1) Declarar que entre la señora **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO** y la sociedad **ANIXTER COLOMBIA SAS**, existió una relación laboral regida mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 30 de enero de 2006 hasta el 5 de marzo de 2014.
- 2) Declarar que la relación laboral fue terminada de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador **ANIXTER COLOMBIA SAS**, el día 5 de marzo de 2014.
- 3) Declarar que **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO** al momento de su despido padecía una **ENFERMEDAD DE ORIGEN PROFESIONAL**, que le ha generado una **INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL**.
- 4) Declarar la ineficacia del despido por cuanto **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO**, al momento de la terminación de la relación laboral con la empresa **ANIXTER COLOMBIA SAS** se encontraba en situación de debilidad manifiesta, y por lo tanto gozaba de estabilidad laboral reforzada, conforme lo previsto en la Ley 361 de 1997.
- 5) Condenar a **ANIXTER COLOMBIA SAS** a reintegrar a **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO** al mismo cargo o a uno de superior categoría, del que venía desempeñando al momento de su retiro.
- 6) Condenar a **ANIXTER COLOMBIA SAS** a pagar a **JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO**, todos los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha de su desvinculación y hasta el momento en que se realice su reintegro, los cuales deben ser liquidados conforme al promedio devengado durante el último año anterior a la fecha de su despido.
- 7) Condenar a **ANIXTER COLOMBIA SAS** a pagar a la demandante todos los aportes al Sistema de Seguridad Integral, del tiempo que ha permanecido cesante, esto es, a la **EPS SANITAS**, al Fondo de Pensiones y Cesantías **PORVENIR SA**, a la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – COLSUBSIDIO** y a la **ARL SURA**.
- 8) Condenar a **ANIXTER COLOMBIA SAS** a pagar a la actora las sumas descritas en el numeral quinto de las pretensiones, debidamente indexadas, conforme el **INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR** certificado por el

DANE, desde la fecha de su causación y hasta cuando se verifique el pago de lo adeudado.

- 9) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario, por haber despedido a la actora sin justa causa y sin el permiso previo otorgado por el MINISTERIO DE TRABAJO.
- 10) Condenar a la demandada ARL SURA a pagar la indemnización por la incapacidad permanente parcial que padece la demandante, como consecuencia de la ENFERMEDAD PROFESIONAL, y conforme al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que determine la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, o en su defecto la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, de conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 776 de 2002, y demás normas concordantes y reglamentarias.
- 11) Declarar que la demandada ANIXTER COLOMBIA SAS es responsable del padecimiento de origen profesional adquirido por la demandante.
- 12) Declarar que la demandada ANIXTER COLOMBIA SAS, está obligada a pagar la indemnización plena de perjuicios a favor de la demandante, por los daños causados a la actora, como consecuencia de la INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL generada por ENFERMEDAD PROFESIONAL adquirida por aquella durante la vigencia de la relación laboral los cuales deben incluir el daño emergente, lucro cesante futuro y consolidado, daños morales y daño de vida en relación, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del CST.
- 13) Como consecuencia de lo anterior, condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, liquidado sobre la base de \$155.855 diarios, que corresponde al salario promedio diario que devengaba al momento de la terminación del contrato de trabajo, o en su defecto, el valor que resultare de aplicar la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2005 Radicación 22656.
- 14) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante los perjuicios morales objetivados, resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos sin que sufrió la demandante como consecuencia de su desvinculación laboral sin justa causa, los cuales estima en una suma no inferior a 1000 veces el salario mínimo mensual legal vigente.

- 15) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante los perjuicios subjetivados, por toda la lesión afectiva, sentimental y emocional que originó angustia, pesadumbre, soledad, aflicción, dolor interno y síquico, como consecuencia de su desvinculación laboral sin justa causa, los cuales estimo en una suma no inferior a 1000 veces el salario mínimo mensual legal vigente.
- 16) Costas procesales.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

- 1) Declarar que entre la demandante y la sociedad ANIXTER COLOMBIA SAS, existió una relación laboral regida mediante contrato de trabajo indefinido desde el 30 de enero de 2006 al 5 de marzo de 2014.
- 2) Declarar que la relación laboral fue terminada de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador ANIXTER COLOMBIA SAS.
- 3) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de cesantías causadas entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014, la suma de \$3.329.914,30.
- 4) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de intereses a las cesantías causadas entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014 la suma de \$72.148,14.
- 5) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de sanción por el no pago de intereses a las cesantías causados entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014, la suma de \$72.148,14.
- 6) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS por concepto de compensación de vacaciones causados entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014 la suma de \$33.350.372,49.
- 7) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de prima de servicios causados entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014, la suma de \$3.329.914,30.
- 8) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$77.458.929,66, la cual deberá pagarse debidamente indexada desde la fecha de su causación, hasta el momento en que se verifique su pago.
- 9) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS la suma de \$779.276,65 por concepto de salario adeudado correspondiente al periodo comprendido entre el 1 y 5 de marzo de 2014.

- 10) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante la indemnización moratoria por la falta de las prestaciones sociales de que trata el Art. 65 del CST modificado por la Ley 789 de 2002, Art. 29 desde el 5 de marzo de 2015 hasta la fecha en que se verifique el pago total de las acreencias laborales.
- 11) Declarar que ANIXTER COLOMBIA SAS debe pagar a la demandante los perjuicios materiales ocasionados por la terminación unilateral del contrato de trabajo, que la simple indemnización del artículo 64 del CST no alcanza a cubrir, de conformidad con la sentencia C-1507 de 2000.
- 12) Como consecuencia de lo anterior, condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante por concepto de lucro cesante la suma de \$113.774.150 que corresponde a los ingresos dejados de percibir por la demandante, desde la fecha de su desvinculación, esto es, 4 de marzo de 2014 a la fecha de presentación de la demanda, a razón de \$155.855 diarios, que corresponde el salario promedio que devengaba al momento de la terminación del contrato de trabajo.
- 13) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante perjuicios morales objetivados, resultantes de la repercusión económica de las angustias o impactos síquicos que sufrió la actora como consecuencia de su desvinculación laboral sin justa causa, los cuales estimo en una suma no inferior a 1000 veces el SMLMV.
- 14) Condenar a ANIXTER COLOMBIA SAS a pagar a la demandante los perjuicios morales subjetivados, por toda la lesión afectiva, sentimental y emocional que original angustia, pesadumbre, soledad, aflicción, dolor interno y síquico, como consecuencia de su desvinculación laboral sin justa causa, los cuales estimo en una suma no inferior a 1000 veces el SMLMV.
- 15) Costas procesales.

La sociedad **ANIXTER COLOMBIA SAS** contestó la demanda (fls. 241 a 270 y 329), así como la **ARL SURA** (fls. 189 a 213) de acuerdo al auto visible a folio 351. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de diciembre de 2020. **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la

enfermedad profesional propuesta por la demandada ARL SURA y ANIXTER y la de pago completo y efectivo de la liquidación final ANIXTER. **ABSOLVIÓ** a ANIXTER COLOMBIA SA y ARL SURA de todas las pretensiones incoadas por JENNY ARLÉN HERNÁNDEZ MELO. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000 para cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que está plenamente probado que a la finalización del vínculo laboral, el empleador pagó la liquidación de salarios y prestaciones sociales con un salario inferior al que realmente devengaba la trabajadora, y las demás acreencias como la indemnización por despido sin justa causa se efectuó sobre la base de un salario inferior al que realmente le correspondía, se desconoce el artículo 128 del CST permite darle una interpretación adecuada de cómo debe liquidarse la indemnización con relación al salario básico, sin tener en cuenta que la actora devengaba comisiones, y éstas debieron ser tenidas en cuenta al momento de tener en cuenta de efectuar la liquidación final, igualmente, que todas las prestaciones sociales están liquidadas indebidamente, sin tener en cuenta salario del promedio de todo lo realmente devengado en el último año de servicios, y la interpretación que le dio la Juez fue errada, en el sentido que no se valoró conforme correspondía.
- 2. VACACIONES:** Señala que el valor real o suma real de vacaciones ascendía a la suma de \$19.499.755,49 y fue pagado por la demandada únicamente \$13.850.617.
- 3. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Se pagó a la demandante una indemnización por despido sin justa causa por valor de \$32.749.589, cuando debió habersele pagado la suma de \$77.458.878, por lo tanto, se debe aplicar lo establecido en el Art. 64 del CST al configurarse

un despido sin justa causa, y haber laborado con un salario superior a 10 SMLMV, la indemnización que le correspondía era de 27.70 días y solo le pagaron 126.50 días de salario, considera que esto no se podría catalogar como buena fe.

4. PAGO INCOMPLETO: Lo anterior quiere decir que a la demandante no se le pagó de manera completa, en virtud de lo anterior, ANIXTER COLOMBIA SAS adeuda a la actora el valor de los derechos laborales y prestaciones, derivados del contrato de trabajo, tales como: salario del mes de marzo de 2014, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, no se tuvo en cuenta la indemnización por falta de pago, y la indemnización moratoria tasadas desde la fecha de su desvinculación hasta el pago efectivo.

5. PRUEBA TESTIMONIAL: El juzgado desconoció las testimoniales rendidas, así como el interrogatorio de parte realizado por el representante legal de la empresa demandada, cuando confesó que a la demandante se le pagaba un bono por resultados o comisión por ventas, así como cuando contestó de manera evasiva si la demandante había autorizado el descuento hecho por la empresa de las prestaciones sociales definitivas en la suma de \$12.473, en ese sentido, no es de recibo que la sentencia se refiera que no se tenga en cuenta el yerro del proceder de la demandada ni su mala fe, porque en las pretensiones principales o subsidiarias no se hizo tal pedimento, desconociendo la facultad que tiene como operador de justicia, para que salvaguarde los derechos del trabajador, en sus facultades *ultra* y *extra petita*, se le desconoce a la demandante ese derecho, a pesar habersele advertido, trayendo a colación la sentencia con Rad. 27282 del 5 de noviembre de 2008.

Por otro lado, la señora Muñoz, testigo traída por la parte demandada, determinó que era una profesional especializada en recursos humanos, era coordinadora de talento humano de la empresa demandada, se pudo probar que hubo tardanza en el pago de los derechos laborales, así como ella lo manifestó, a pesar de conocer la Ley laboral, y reconoció que el salario que percibía la demandante era variable.

6. INDEMNIZACIÓN MORATORIA: El empleador no acreditó el pago de la totalidad de salarios a la finalización del vínculo laboral, situación que lo coloca en la mala fe, pero a criterio de la Juez de primera instancia, a pesar

de que no existe ningún medio de convicción que demuestre lo contrario, debe imponérsele la condena impuesta en el artículo 65 del CST, tal y como se reclamó en la demanda, además por la existencia de un pago incompleto, lo que genera la indemnización por el no pago de las cesantías, de los intereses a las cesantías, de las vacaciones, de las primas de servicios, y de la indemnización por despido sin justa causa.

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que la relación laboral se dio por terminado el 5 de marzo de 2014, y el pago de las acreencias laborales no fue completa, por no incluir en el salario todo concepto de comisiones que devengaba la demandante, y se pudo acreditar que la demandante percibió comisiones en el mes de noviembre de 2013 por \$4.688.250, por el mes de febrero \$29.828.375 y en el mes de julio \$192.249, sumas que tampoco fueron tenidas en cuenta por la Juez de primera instancia, lo que se prueba es que hubo falta de pago, lo que quiere decir que el Juzgado liquidó con un salario inferior al que le correspondía a la demandante, prueba documental que fue aportada en la contestación de la demanda.

La norma indica que en el caso en que el empleador no pague de manera completa la liquidación de prestaciones sociales, se debe ordenar el pago de la indemnización de que trata el art. 65 del CST.

7. **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:** Consagrada en el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, pero en la sentencia que está siendo objeto de apelación, fue desconocida por la Juez de instancia, precisándose que a la demandante se le debe la indemnización por el no pago de las cesantías.

8. **SALARIO MARZO 2014:** Indica que la empresa demandada no ha cancelado a la actora el salario devengado en el mes de marzo de 2014, deberá ordenársele que se lo cancele el salario adeudado. El Juzgado omitió los elementos integrantes del salario, pues a pesar de aceptar que la actora recibió comisiones, no se tuviesen en cuenta dichos montos, pues hubo comisiones en el mes de julio y noviembre de 2013 y en febrero de 2014, lo que arroja un salario superior variable y el que tuvo en cuenta el juzgado fue inferior, lo que es evidente es que el proceder de la demandada es de mala fe, desconociendo que las comisiones hacen parte del salario y no fueron contabilizados en debida forma.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le 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 la re-liquidación a la señora JENNY ARLEN HERNANDEZ MELO de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta el salario percibido por la actora, esto es, incluyendo las comisiones recibidas por venta. **2.** Vacaciones **3.** Prima de servicio. **4.** Sí el ex empleador adeuda a la demandante los salarios del 1 al 5 de marzo de 2014. **5.** Indemnización por despido sin justa causa. **6.** Indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST. **7.** Indemnización por no consignación de cesantías.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que la demandante JENNY ARLEN HERNANDEZ MELO suscribió un contrato a término indefinido con la sociedad ANIXTER COLOMBIA SAS desde el **30 de enero de 2006** para desempeñar el cargo de INSIDE SALES REPRESENTATIVE W&C, percibiendo un salario mensual de \$1.560.000, conforme el contrato individual de trabajo visible a folios 87 y 88.

Que mediante comunicaciones del **5 de marzo de 2014** se le informó a la actora que dado el proceso de reestructuración, se había tomado de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa (fl. 91), conforme liquidación final de prestaciones sociales (fl. 93).

SALARIO DEVENGADO POR LA DEMANDANTE:

Señala el apoderado de la parte demandante que a la finalización del vínculo laboral, el empleador pagó la liquidación de salarios y prestaciones sociales con un

promedio de salario inferior al que realmente devengaba la trabajadora, toda vez que se liquidó sobre un valor de \$614.753,41, desconociendo lo dispuesto en el artículo 128 del CST, que permite darle una interpretación adecuada de cómo debe liquidarse las prestaciones, pues el Juzgado no tuvo en cuenta que la demandante devengaba además del salario básico, unas comisiones por "bono por resultados" o "comisión por venta", por lo que debe realizarse con fundamento en el promedio de todo lo que realmente devengó en el último año de servicio.

Efectuadas las anteriores consideraciones, procederá el Despacho a pronunciarse sobre la viabilidad o no de acceder a la reliquidación de las pretensiones económicas reclamadas en virtud a la naturaleza salarial o extra salarial del concepto denominado "COMISIÓN DE VENTAS" percibida por el actor y no tomadas en consideración al momento de efectuar la respectiva liquidación de acreencias laborales, y acreditada dicha circunstancia si resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Continuando con el juicio, sea preciso señalar por parte del Despacho, que como quiera que lo debatido como primera medida en el caso sub – lite es la naturaleza salarial o extra salarial del concepto denominado "COMISIÓN DE VENTAS", se hace imprescindible acudir a las normas que consagran los factores que constituyen salario y los que no para entrar a determinar si lo percibido por la actora como comisión, debe ser considerado como salario para efectos de re liquidar las prestaciones y acreencias laborales, encontrando sobre el particular que el art. 127 del C.S.T. preceptúa:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

Por su parte, el artículo 128 de la misma norma señala que **NO** constituyen salario los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las

partes hayan dispuesto expresamente que no constituyan salario en dinero o en especie.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar el contrato de trabajo suscrito por las partes, se observa que se acordó una remuneración mensual de \$1.560.926, sin embargo la parte actora señala que su salario estaba compuesto por una parte física y otra variable, correspondiendo el salario base a la suma de \$4.675.600, y adicional por comisiones en el último año.

Frente al tema, y de conformidad con los comprobantes de pago que reposan en el expediente, se encuentra plenamente acreditado que la señora JENY HERNANDEZ MELO recibió la suma de salario básico de **\$6.675.660**, conforme se acredita de los comprobantes de nómina que fueron allegados al plenario, y de lo cual no hay discusión.

Ahora, respecto de la suma de **\$192.249** que recibió la demandante en la segunda quincena del mes de julio de 2013 por concepto de bono, conforme desprendible de nómina visible a folio 103 del plenario, ha de resaltar que en el mismo se señala que el bono sería "no salarial", razón por la cual no podrá ser tenido en cuenta para el cálculo del promedio de lo devengado por la demandante, al tenor de lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST, para los eventos en que un trabajador devenga un salario variable.

Por otro lado, se tiene acreditado que la demandante recibió la suma de **\$4.688.250** en el mes de noviembre de 2013 por concepto de "bono de resultados" (fl. 113) y en el mes de febrero de 2014 la suma de **\$29.828.375** por el mismo concepto "bono de resultado" (fl. 119).

En ese orden de ideas, se procederá el estudio de la documental aportada con el fin de determinar si las comisiones por venta son o no factor salarial y con ello determinar si hay o no lugar a re-liquidar las prestaciones legales y acreencias laborales del demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, se recibió el testimonio de la señora PATRICIA ALVARADO que manifestó que la demandante ganaba un salario fijo mensual, junto con una bonificación, sin embargo manifestó que no recordaba si su pago era trimestral o anual, sin embargo reconoció el pago que daba la empresa por bonificación de \$29.880.375.

En suma, se concluye, conforme lo solicita el recurrente que los pagos efectuados por la suma de por concepto de "bono de resultados" en el mes de noviembre de 2013 por valor de \$4.688.250 y en el mes de febrero de 2014 la suma de \$29.828.375, tienen el carácter de ser factor salarial, conforme lo señala la parte actora, aunado al hecho que lo admitió la demandada y lo reafirmó la testigo Patricia Alvarado, sin que exista asomo de duda de su connotación como factor salarial.

Al respecto, como quiera que no se discute, que la demandante para el momento del finiquito contractual, devengaba un salario variable, debe liquidarse las prestaciones sociales adeudadas con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, a excepción de la prima de servicios, que corresponderá al último semestre devengado, o la fracción proporcional que corresponda, trayendo a colación la sentencia con radicación SL2224 de 2020, en el que nuestro máximo órgano de cierre adocrinó:

*El fundamento para llegar a esa conclusión es que si bien el numeral 3º del artículo 189 del C.S.T. menciona que «tomará como base el último salario devengado por el trabajador», también lo es que de acuerdo con lo señalado en el artículo 127 del mismo ordenamiento, «constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable», es decir, que para la compensación debe tenerse en cuenta según sea el caso, si se trata de remuneración invariable o movable, como fue el de la trabajadora que mes a mes era diferente, por lo que la aplicación armónica de los artículo 189 y 192 ibídem, permiten que dicho salario base para liquidar la compensación en dinero de las vacaciones, en el sub lite, resulte de **promediar los ingresos obtenidos en el último año de servicios.***

Ahora, al realizar el promedio de lo devengado por la demandante en el último año de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2013 y el 5 de marzo de 2014 (fecha de finalización del vínculo laboral), debió tenerse en cuenta lo siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR
SALARIO BASICO (\$4.615.660)	
ULTIMOS 12 MESES	\$56.107.920
COMISION NOV./2013	\$4.688.250
COMISION FEB./2014	\$29.828.375
SUBTOTAL	\$90.624.545

PROMEDIO MENSUAL	\$7.552.045
PROMEDIO DIARIO	\$251.735

Teniendo en cuenta lo anterior, conforme las cálculos realizados, el promedio diario base para liquidar las prestaciones sociales ascendería a la suma de \$251.735, esto es, un valor muy inferior al tomado por la demandada, pues al contrastar la liquidación efectuada por la demandada tomó un promedio de **\$614.753,41**, en razón que calculó el promedio en los últimos 65 días laborados por la demandante, pues si bien con fundamento en la liquidación final de prestaciones sociales visible a folio 93 del plenario, tomó un valor diario de \$155.855,33 con la cual se coincide, como quiera que resulta del valor diario al salario básico, a lo que sumó la suma promedio de \$458.898,08, resultante de dividir en 65 días la suma de \$29.828.375 por concepto de bonificación devengada por la actora en el mes de febrero de 2014.

En ese orden de ideas, si bien la Sala se aparta del cálculo efectuado por la empresa demandada, pues realizó el promedio de lo devengado por la demandante ente el 1 de enero de 2014 y el 5 de marzo de 2014 (65 días),

el salario fijo en la suma de \$4.675.660, conforme el comprobante de pago visible a folio 119, junto con la bonificación de \$29.828.375, que dividido en 65 días laborados en el año 2014 (del 1 de enero de 2014 al 5 de marzo de 2014), arroja un promedio variable de \$458.898,08 respecto de la bonificación, y en cuanto al salario un promedio diario de \$155.855,33 mensual, que al sumarlos arroja un valor de \$614.753,41 como base de liquidación, conforme lo realizó la demandada visible a folio 93 del expediente.

Frente a lo analizado, ha de resaltar que aunque la forma en que la demandada efectuó la liquidación de las cesantías es incorrecta, lo que se vislumbra es que la parte empleadora sí tuvo la intención de obrar con apego a la normatividad, lo que la llevó a inferir que al devengar la demandante un salario variable indicó que debía realizar la liquidación con el promedio de los últimos seis meses, llegando a dicha conclusión del contenido de la liquidación final que obra a folio 93 del expediente, sin que pueda desconocerse que la deudora actuó de manera razonable, ya que se observa que en la liquidación tuvo la intención de obrar con apego a la norma, mas no se trató de un acto deliberado orientado a defraudar los intereses de la trabajadora, sino que por el contrario, conforme al análisis antes realizado, la demandada realizó la liquidación final de prestación con fundamento en un promedio salarial superior al que realmente debía reconocer, se denota su actuar e intención de reconocer a la demandante las comisiones devengadas por la actora.

En consecuencia, no habrá lugar a modificar la base salarial tomada por la demandada, conforme se explicó anteriormente, por lo que se confirmará este punto de decisión del Juez de primera instancia.

SALARIOS DEJADOS DE CANCELAR 1 A 5 DE MARZO DE 2014:

Señala el recurrente que la empresa demandada no le ha cancelado a la actora el salario de los días 1 a 5 de marzo de 2014, pues a pesar de que el Juzgado admitió que la actora recibió comisiones, no se tuvieron en cuenta dichos montos, lo que arroja un salario superior para el mes de marzo de 2014.

En ese orden de ideas, se tiene que el salario fijo percibido por la demandante ascendía a la suma de \$4.675.660, conforme los comprobantes de pago que reposan en el plenario, precisando que no es posible incluir dentro del pago del salario de éstos 5 días, la base salarial de \$614.753,41, como base salarial como lo pretende el recurrente, pues dicho valor se utilizó en la liquidación final de prestaciones sociales a efectos de verificar el salario variable que percibió la demandante, con ocasión a la bonificación percibida en el mes de febrero de 2014, y en consecuencia, la demandante percibía mensualmente la suma de \$4.675.660 como salario fijo mensual.

En ese orden de ideas, el salario fijo percibido por la demandante (~~\$~~4.675.660) asciende a la suma diaria de \$155.855,33 que al multiplicarlo por 5 días dejados de cancelar por la demandada (del 1 al 5 de marzo de 2014), asciende a un valor adeudado por valor de \$779.277, precisando que dicho valor se encuentra incluido en la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que no es dable ordenar el pago de dicha suma de dinero, pues como quedó acreditado en el interrogatorio de parte, la demandante confesó haber recibido la suma de \$48.012.158 por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, por lo que se despachará desfavorablemente la súplica incoada por éste concepto en su recurso de apelación.

VACACIONES:

Señala que el valor real o suma real de vacaciones ascendía a la suma de \$19.499.755,49 y fue pagado por la demandada únicamente en la suma de \$13.850.617.

Al respecto, el artículo 192 del CST dispone:

ARTICULO 192. REMUNERACION.

1. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.

2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidaran con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la demandante recibía un salario variable, por lo tanto es procedente liquidar las vacaciones de conformidad con el numeral 2 del artículo 192 del CST, por lo que se tiene en cuenta que devengó una suma fija por salario básico de \$4.675.660 para todos los meses, no obstante para marzo de 2013, esto es del 6 a 30 de marzo de 2013 procede un valor de \$3.896.383,33, y desde abril de 2013 a febrero de 2014 se liquidará la suma mensual de \$4.675.660, a lo que habrá de incluirse la suma de \$4.688.250 por concepto de "bono resultados" que se le pagó a la demandante en el mes de noviembre de 2013, así como la suma de \$29.828.375 por concepto de "bonificación anual" que recibió la demandante en el mes de febrero de 2014, y la suma de \$779.277 correspondiente al 1 al 5 de marzo de 2014.

Conforme la anterior explicación, arroja un total de \$90.924.545¹, arrojando a su vez un promedio mensual de \$7.552.042 y un promedio diario de \$251.735; que al

1

CONCEPTO	VALOR
Del 6 al 30 Marzo 2013	\$3.896.383
Abril 2013 a febrero 2014 (\$4.675.660 C/mes)	\$51.432.260
Bono noviembre 2013	\$4.688.250
Bono febrero 2014	\$29.828.375
Del 1 al 5 Marzo 2014	\$779.277
TOTAL	\$90.624.545
PROMEDIO MENSUAL	\$7.552.045

comparar con la liquidación efectuada por la demandada, la misma tuvo un promedio de \$258.890,03, esto es, incluso inferior al aquí calculado.

No obstante, al realizar las operaciones aritméticas, se tiene que el tiempo adeudado a la demandante por concepto de vacaciones asciende a 53.50 unidades, correspondientes del 12 de agosto de 2010 al 5 de marzo de 2014, por lo que no hay lugar a su modificación, concluyendo que se encuentra ajustada a derecho la suma reconocida, por lo que se despacha desfavorablemente.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

Solicita el apelante que se revise la suma cancelada a la demandante por concepto de indemnización por despido sin justa causa establecida en el Artículo 64 del CST, teniendo en cuenta que le fue cancelada la suma de \$32.749.589, cuando debió haberse pagado a la demandante la suma de \$77.458.878 al habersele configurado un despido sin justa causa, y haber laborado con un salario superior a 10 SMLMV.

Frente al tema, el artículo 64 del CST dispone:

ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. *<Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.*

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso

PROMEDIO DIARIO	\$251.735
-----------------	-----------

determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

Conforme lo anterior, y con apoyo al profesional del Grupo Liquidador, se efectuó el respectivo cálculo, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, la cual asciende a la suma de **\$31.844.477,50** por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST, siendo la misma inferior a la reconocida por la accionada, por lo que de igual manera se despacha desfavorablemente la súplica incoada por el recurrente.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 CST:

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que la sociedad accionada no acreditó el pago total de salarios a la finalización del vínculo laboral, situación que lo coloca en el ámbito de la mala fe, y en ese orden de ideas, al haberse terminado la relación laboral el 5 de marzo de 2014, y al no cancelarse de manera completa las acreencias laborales, procede la sanción moratorio conforme lo establece el artículo 65 del CST.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla,

la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

Así las cosas, sea del caso señalar que a folio 93 reposa documental, en la que le reconoce la suma de \$48.012.158 por liquidación final de prestaciones sociales con fecha del 5 marzo de 2014, fecha misma de la finalización del vínculo laboral.

Ahora, conforme la documental visible a folios 307 a 316 del plenario se observa los diálogos que existió entre la actora y la empresa demandada mediante correo electrónico, en la que la demandante le manifestaba las inconformidades que tenía respecto de la liquidación presentada, lo que refleja que la misma demandante se negó a recibir el valor reconocida en la liquidación final de prestaciones sociales, pues se evidencia las diferencias razones por las cuales se pagaba o no, uno u otro concepto, y por tal razón a la demandada no le quedó otro camino que realizar el depósito judicial, conforme lo dispone la norma, a órdenes de la demandante en los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá.

En ese orden, y ante múltiple cruces de correos electrónicos, la entidad accionada le envió carta a la demandante el 27 de junio de 2014 informándole que había efectuado un depósito judicial por el valor de la liquidación final de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que no había sido posible efectuar directamente el pago a la actora de sus acreencias laborales, ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, conforme se observa de la documental visible a folio 302 y 303 del expediente, junto con la carta de autorización de entrega a su beneficiario (fl. 304).

Conforme lo anterior, no se puede despojar de la conducta de la empleadora una conducta de mala fe, pues se avizora la intención de cancelarle sus acreencias laborales a la terminación de la relación laboral.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia mediante radicado No. 31156 del 26 de agosto del 2009 donde indicó que la consignación de un título judicial a favor del trabajador no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el Art. 65 del CST por la simple constitución de un título judicial, al respecto dijo la alta Corporación:

*“(.) El simple hecho de la consignación no es factor que libere al empleador de la sanción moratoria pues de todas maneras la suma consignada sigue revestida de las mismas características enunciadas y por ello el trabajador debe tener plena posibilidad de recibir su importe y **para esto último es el empleador el que debe hacer todas y cada una de las diligencias requeridas para que el trabajador ACCEDA a la suma consignada pues si se condiciona su entrega o la limita o no hace lo que corresponde a su órbita no puede hablarse de un pago por consignación con efectos liberatorios**, en efecto si la consignación debe realizarse ante una identidad Bancaria pero a órdenes del juez del trabajo es natural que la persona consignante lleve ante esa autoridad judicial el correspondiente título de depósito para que de esta manera pueda considerarse totalmente valido y su importe llegue finalmente a su destinatario o beneficiario (...)”*

Así pues, para que el pago por consignación efectuado por el deudor produzca efectos plenos y liberatorios es indispensable poner a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden expresa y escrita ante el juez a quien le correspondió dicho pago, autorizando igualmente el cobro de la suma consignada al acreedor, obligación que se encuentra en cabeza del ex empleador pues no basta con consignar y desentenderse del tema, dejando en cabeza del Juzgado la notificación al actor de la existencia del título judicial.

En ese orden, a juicio de ésta Sala puede entenderse que la consignación judicial produjo efecto liberatorio frente a la trabajadora, máxime si se tiene en cuenta que desde el 5 de marzo de 2014, fecha en que se terminó la relación laboral la demandante tuvo conocimiento de la liquidación final y del valor

que se pagaría con ésta, no obstante la misma se negó a recibirlo, y ante las múltiples conversaciones entre las partes por inconformidades que tenía a su consideraciones y la notificación del pago por consignación, reclamó el depósito judicial hasta el 5 de junio de 2015 (fl. 349), la empresa demandada siempre estuvo presta a conciliar su liquidación final de prestaciones sociales, con lo que igualmente se justifica su consignación y notificación a la demandante hasta el día 27 de junio de 2014.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala comparte la decisión proferida en primera instancia en lo relativo a despachar desfavorablemente la indemnización moratoria de que trata el Artículo 65 del CST.

En lo que tiene que ver con el descuento efectuado por la demandada en la liquidación final por la suma de \$12.473, debe advertirse que dicha situación no fue planteada en la demanda, ni mucho expuesto en los hechos del libelo introductorio, razón por la cual no es dable estudiar si dicho concepto descontado en la liquidación de acreencias laborales estuvo ajustado a derecho, por lo que se releva de su estudio.

INDEMNIZACIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

Finalmente, señala el apoderado de la parte demandante que la accionada aún le adeuda la indemnización por el no pago de las cesantías causadas entre el 1 de enero y el 5 de marzo de 2014, en la suma de \$72.148,14.

Frente al tema, el numeral 3.º Del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 es del siguiente tenor:

Artículo 99.- *El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

(...)

3.º *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.*

Así pues, se observa que en la liquidación de prestaciones sociales se canceló la suma de \$3.329.914 por concepto de cesantías causados del 1 de enero de 2014 al 5 de marzo de 2014, fecha de retiro de la trabajadora, equivalente a 65 días trabajados (fl. 93).

Ahora, debe resaltarse conforme la liquidación final de prestaciones sociales, se le canceló a la demandante las cesantías correspondientes al año 2014 equivalente a 65 días desde el 1 de enero de 2014 al 5 de marzo de 2014, y que en la misma se hace referencia a un descuento por valor de \$6.819.060 (fl. 93) por concepto de cesantías que fueron consignadas en el fondo que estuvo afiliada la demandante, razón por la cual se acredita que la accionada consigno el valor correspondiente al auxilio de cesantías, y en consecuencia no habrá lugar a condenar por concepto de indemnización por no consignación de cesantías, razón por la cual se despachará desfavorablemente la totalidad de la súplicas del apoderado de la parte demandante.

En suma, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la convocada a juicio.

Fíjense como agencias en derecho la suma de \$250.000; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$250.000 que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el a quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920160065502)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920160065502)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920160065502)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2019-000132-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: FLOR MARINA JIMENEZ PINTO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP OLD MUTUAL SA
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada demandante (fl. 3 a 4), Porvenir SA (fls. 6 a 9), así como de Colpensiones (fl. 11 a 13) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) FLOR MARINA JIMENEZ PINTO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA, AFP OLD MUTUAL SA, AFP COLFONDOS SA y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 88 y 89 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. La existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación de la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO a cargo de la AFP Porvenir SA.
2. Que como consecuencia de la invalidez o la ineficacia o la nulidad del formulario de afiliación suscrito por la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO, mediante la cual se afiliación al RAIS con la AFP Porvenir SA.
3. Que para efectos pensionales, que continúe afiliada la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO en el RPM hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Que para efectos pensionales, en el RAIS Old Mutual SA realice la devolución de los aportes de la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO al RPM hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
5. Que Colpensiones reciba en calidad de afiliada a la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO, ya que es la encargada de administrar el RPM régimen al cual pertenecía anteriormente.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

1. A la AFP Porvenir SA, obligándola a efectuar nula o inválida o ineficaz el formulario de afiliación, suscrito por la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO, mediante el cual se trasladó al RAIS.
2. A Colpensiones a recibir en calidad de afiliada a la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO.
3. Que para efectos pensionales, condenar a Old Mutual SA, a realizar la devolución de los aportes realizados por la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO a Colpensiones, quien hoy administra el RPM, de los aportes hechos por la demandante al RAIS.
4. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 220 a 226), AFP PORVENIR SA (fls. 294 a 301), AFP OLD MUTUAL SA (fls. 142 a 154), AFP COLFONDOS SA (fls. 264 a 271) y AFP PROTECCIÓN SA (fls. 231 a 241), de acuerdo al auto visible a folio 311. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de agosto de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas Colpensiones, AFP Porvenir SA, AFP Old Mutual SA, AFP Colfondos SA y AFP Protección SA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que considera que la sentencia proferida se aparta de la jurisprudencia de la CSJ, toda vez que se aparta del sustento normativo expuesto por el Juzgado, la sentencia comete algunos yerros en el sentido de determinar que el consentimiento informado y el deber de información lo que genera es un escenario de los vicios, considera que no se encuentra dentro de esa hipótesis, sino que indica que la falta de consentimiento informado genera inmediatamente la ineficacia de la afiliación, teniendo como precedente en este punto y de acuerdo con lo establecido con la CSJ y con lo establecido en el Art. 91 #1 del Decreto 663 de 1993, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que transmita a través de los elementos de juicio claros y objetivos, y así escoger las mejores opciones de mercado, premisa que debió ser aplicada en el presente caso, y la CSJ ha

dicho que esta premisa establece que esto incluye las características, condiciones, accesos, servicios de cada uno de los dos regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda escoger con exactitud el régimen pensional que le conviene. Los fondos también están obligados en dar toda la información simple y clara a sus posibles afiliados, y que sea comprensible. En esos términos nos encontramos delante de una ineficacia de afiliación, por cuanto el acervo probatorio del dicho de la demandante no se puede establecer con total claridad ni en las pruebas aportadas al proceso que se hubiera cumplido con este deber de información y con el consentimiento informado.

Ahora bien, no es cierto que la demanda incluya solo afirmación indefinidas, también contiene afirmaciones negativas, lo que sucede es que ninguna afiliación se tramitó con afirmaciones negativas, no se puede afirmar que no le dieron ninguna información, todas tienen afirmaciones positivas, por ejemplo, que se puede pensionar en cualquier tiempo, que el ISS se iba a acabar, etc., esas son afirmaciones positivas, sin embargo, la situación que se genera como tal es que no desplegó una actividad de asesoramiento al trabajador que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado, esa actividad de asesoramiento e información al trabajador no la desplegó, lo que hizo fue una venta con las administradoras. Ahora, que las afirmaciones no se pueden demostrar, porque es difícil de hacerlo, pero la contraparte también dijo que no era cierto, entonces si no se puede demostrar y si no es cierto, finalmente no es el sustento normativo de la sentencia, porque no es no un hecho probado, y entonces nos encontramos en afirmaciones positivas, no están probadas, no fueron aceptadas, y finalmente, nos encontramos ante la afirmación negativa, que es la que se quiere llegar a ese punto, pero considero que se debe dar un viso más gravoso a los fondos, sucede que los fondos finalmente, son los que están en la posición dominante, pues son los que tienen que hacer la venta, también se notó que Colpensiones estuvo buscando una pregunta específica, por ejemplo si a la demandante la estaban buscando, o si ella fue al fondo, o usted como se trasladó, y la actora siempre dijo en mi oficina llegaron, no es verdad que podamos decir que la demandante buscó a la AFP para que la afiliaran, y dice que no la puede rechazar, porque la ley los obliga a recibir. Los asesores estaban haciendo una venta, la buscaron en sus oficinas, le llegaron al puesto de trabajo, ahí se cae una parte importante de la sentencia, porque la demandante no buscó las afiliaciones, a ella la buscaron todo el tiempo para que se afiliara, en ese sentido los fondos estaban buscando ese cambio de

fondo y en ese momento no pudieron allegar al plenario una re-asesoría, y esas re-asesorías están desde el 2007 y en este caso ni siquiera la aportaron, además cuando le falta 1 año, pero en el presente asunto desafortunadamente si la demandante hubiera tenido el conocimiento completo de ambos regímenes, hubiera podido tomar una mejor decisión, por lo que considera que no estamos ni ante un error, ni ante un vicio, sino ante una ineficacia que se produce por la falta de consentimiento informado o la falta del deber de información.

El Juzgado indica que fue un sinnúmero de afirmaciones, sin embargo está allí tajantemente las afirmaciones que se hicieron, cinco o seis hechos donde se dan ciertas afirmaciones, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el Juzgado, pero si tenemos una afirmación negativa indefinida que debieron haber demostrado las AFP demandadas.

También afirma el Juzgado que la demandante no sabía ni siquiera a que edad quería pensionarse, pero para esa época ni siquiera que hablaba de 57 años, tan solo de 55 años para pensionarse en el RPM, entonces ahí no hay una comparación real entre los dos sistemas, estamos hablando del año 1998, ni siquiera había surgido a la vida jurídica la Ley 797 de 2003, no había la modificación del Acto Legislativo 01 de 2005, nada esto que modificaban la edad de pensionarse.

Finalmente, resalta que se está fallando con inferencias, considera que se hicieron muchas inferencias en el caso de la demandante, pero no hay una prueba contundente que si tenía el conocimiento, tenía total desconocimiento de las características de los dos sistemas de manera contundente para tomar una decisión.

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) FLOR MARINA JIMENEZ PINTO el día 8 de septiembre de 1998; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP OLD MUTUAL SA devuelva la totalidad de aportes y

adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y 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 8 de septiembre de 1998, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1998 (fl. 302). Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 23 de febrero de 2001, con efectividad a partir del 1º de abril de 2001 (fl. 282). Luego, solicitó trasladarse a ING (Hoy AFP Protección SA) el 28 de febrero de 2006, efectivo a partir del 1º de abril de 2006 (fls. 243). Finalmente, se trasladó a la AFP Old Mutual (Skandia SA) el 23 de enero de 2009 (fl. 155).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES el expediente administrativo de la demandante. OLD MUTUAL SA aportó: formulario de afiliación (2000), historia laboral consolidada, sábana de bono pensional, copia de tutela, contestación a la tutela, fallo de tutela del 14 de junio de 2013 proferida por el Juzgado 33 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, derecho de petición, respuesta a derecho de petición, formato de información básica del apoderado, proyección del 29 de octubre de 2018. AFP PROTECCIÓN SA aportó formato de vinculación (2006), historia de vinculaciones del SIAFP, respuesta a derecho de petición, reporte estado de cuenta, comunicados de prensa, Políticas asesorar para vincular personas naturales. AFP COLFONDOS SA aportó: formulario de afiliación (2001), certificado de afiliación, historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP. Finalmente, la AFP PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación de aportes, formato de vinculación (1998 y 2005), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 27 de mayo de 1994, el demandante tenía 395,72 semanas (fl. 164), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 2 de diciembre de 1959, fl. 9) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en

efecto lo hizo, en el año 2016 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.372 semanas – fl. 164), 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 8 de septiembre de 1998, y en consecuencia condenar a OLD MUTUAL 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; 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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora FLOR MARINA JIMENEZ PINTO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 8 de septiembre de 1998, y en consecuencia condenar a OLD MUTUAL 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; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503820190013201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503820190013201)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820190013201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00766-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ORLANDO VARGAS MENDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 27 a 28), así como la parte demandada Colpensiones (fls. 18 a 22) y Porvenir SA (fl. 4 a 15) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ORLANDO VARGAS MENDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 33 y 34 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad promovida por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA a nombre del señor ORLANDO VARGAS MENDEZ.
2. Que en el evento en que no proceda la declaración de la nulidad de la afiliación, en forma subsidiaria, se declare la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad promovida por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA a nombre del señor ORLANDO VARGAS MENDEZ.
3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación efectuada la RAIS, se condene a las demandadas a determinar que el señor ORLANDO VARGAS MENDEZ jamás dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida.
4. Que en el evento en que proceda la declaración de ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, se condene a las demandadas a determinar que el señor ORLANDO VARGAS MENDEZ jamás de pertenecer el régimen de prima media con prestación definida.
5. Condenar a la AFP Porvenir Sam AFP a la que se encuentra activo el demandante, la devolución a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 119 a 134) y PORVENIR SA (fls. 80 a 103), de acuerdo al auto del 29 de julio de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 6 de agosto de 2020, **DECLARO NULO** el traslado efectuado por el señor ORLANDO VARGAS MENDEZ, al régimen de ahorro individual con Solidaridad con la AFP

Porvenir SA, y como consecuencia de ello, ordenó a Porvenir SA a la que ésta afiliado actualmente, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramientos, frutos e intereses junto con sus rendimientos. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse al señor ORLANDO VARGAS MENDEZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la AFP Porvenir SA. **COSTAS** a cargo de la AFP Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir, teniendo en cuenta que no hay norma aplicable a lo que corresponde a la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional y en ese sentido se aparta de la sentencia proferida en primera instancia, pues lo que se ha establecido para la ineficacia del traslado se encuentra regulado en el literal b) del Art. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en los cuales manifiesta que los traslados se tendrán como ineficaces solo en la medida que haya una situación que cercene ese derecho de selección de régimen pensional, lo cual no tendría que vérsela Jurisprudencia, fuente con la cual se resuelve el problema, sino como una fuente auxiliar de derecho, habida cuenta que la Ley si regula el tema particular, postura ésta que ha sido defendida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, en el Despacho de la Dra. Angélica Lucía Murillo, quien ha sostenido que se han declarado estas nulidades fundamentados en ese argumento.

Ahora, si lo que se pretendía era la nulidad de traslado no se encuentra probada situación alguna que dé cuenta de ese traslado de régimen estuvo viciado de nulidad alguna, pues al ser interrogado el demandante da cuenta que si firmó de manera voluntaria dicho formulario y que también es de indicar que ese requisito de información, para la fecha del traslado no era un requisito sustancial para el perfeccionamiento del acto, pues ese

perfeccionamiento se daba con la suscripción del formulario de vinculación que se encuentra cumplido, de acuerdo con el Art. 15 del Decreto 692 de 1994.

Por otro lado, no se puede decir que al no realizar una proyección pensional se generó un perjuicio al demandante, habida cuenta que las proyecciones no generan un derecho al demandante, sino que éste se da al momento en que se va a reconocer la pensión, caso éste que no se haya probado un perjuicio como tal que se hubiere causado en su situación particular. Con lo cual, no debería proceder la nulidad de régimen pensional, habida cuenta que no hay situación cercenada ese derecho, y no se probó situación alguna que estuvo viciado de nulidad su consentimiento, o que ese consentimiento estuvo viciado por error, fuerza o dolo.

2. DEVOLUCIÓN DE SALDOS QUE SE ENCUENTRA EN LA CUENTA

INDIVIDUAL: Téngase en cuenta que si lo que se quería era el retorno de las cosas a su estado natural, debería abstenerse de condenar a Porvenir a retornar los gastos de administración y las primas de seguros, habida cuenta que éstos gastos ya se han consumido y han cumplido su función de remunerar dicha función, con lo cual la devolución de esos gastos de administración generarían un enriquecimiento sin justa causa, toda vez que estos gastos también son cobrados en el régimen de prima media y en dado que se accediera a la devolución de los gastos de administración, para guardar congruencia para devolver las cosas a su estado natural, debería también retornar los rendimientos financieros que generó esa cuenta de ahorro individual.

3. COSTAS PROCESALES: En consecuencia, solicita se revoque la condena en costas, habida cuenta que no se cumple con el supuesto de hecho que establece el Art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que no se atiende de manera sistemática otras normas del estatuto civil, pues fundamento parte de su decisión en el CC Art. 1604 que habla sobre la responsabilidad del deudor, pero desconoce

otras normas del mismo estatuto que establecen correlativamente en relación con el demandante, así pues en lo que atañe al vínculo de afiliación, el Art. 1495 del CC es claro que la afiliación en cualquiera de los dos regímenes comprende un acuerdo de voluntades que lo convierten en un contrato y reúne ciertas particularidades, obligaciones de tipo contractual, es libre y voluntaria como lo menciona el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es bilateral por cuanto existen obligaciones recíprocas, como lo menciona el Decreto 2241 de 2010. Así mismo debe tenerse en cuenta que una vez firmado éste contrato de afiliación debe tenerse en cuenta que a partir de él se establecen unas obligaciones y se acoge a sí mismo a las obligaciones propias del régimen pensional seleccionado, siendo las mismas que emanan de la Ley.

2. **DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA:** Así mismo, el Juez no tuvo en cuenta que aceptar el retorno al régimen de prima media se estaría contribuyendo a la descapitalización del sistema pensional, en sentencia C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2010 en materia de traslado manifestó que no puede resultar subsidiado por los recursos de los demás afiliados de manera obligatoria, por lo que el régimen solidario de prima media se descapitalizaría. Debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva social se iría en contra de la equidad y se abandonarían el principio de justicia material al permitir a personas que no han contribuido al sostenimiento de los fondos pensionales entre a beneficiarse a costas de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras, y no por ellos mismos.
3. **CARGA DE LA PRUEBA:** Debe existir como lo menciona el Art. 167 del CGP, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y es que como se evidencia en el presente caso, no obran pruebas que compare los dos regímenes y si bien le hicieron una simulación en el RAIS, dicha situación no da lugar o luces de saber cuál sería la proyección de la mesada pensional que tendría en el RPM, no se aporta ningún tipo de simulación que permita establecer el monto de la mesada pensional, tampoco permite establecer si existe un perjuicio en contra del demandante, téngase en cuenta que el actor manifestó simplemente que tendría una posible mesada pensional de 2 millones de pesos, pero tampoco certificó los aportes que realizaba a sus seguridad social.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 efectuado por el (la) señor (a) ORLANDO VARGAS MENDEZ el día 23 de abril de 2000; 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 HORIZONTE SA el 23 de abril de 2000, con efectividad a partir del 1º de junio de 2000 y dadas las cesiones por fusión quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 12).

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

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

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

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

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

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

para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó el expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: formato de afiliación (2000), respuestas a derechos de petición, historia laboral consolidada, certificado de afiliación a Porvenir SA.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de abril de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 23 de abril de 2000, el demandante tenía 879 semanas (fl. 110), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 2 de diciembre de 1955 – fl. 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2017, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.864 semanas – fl. 110), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley

100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor ORLANDO VARGAS MENDEZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE (HOY AFP PORVENIR SA) el 23 de abril de 2000.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 por el juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

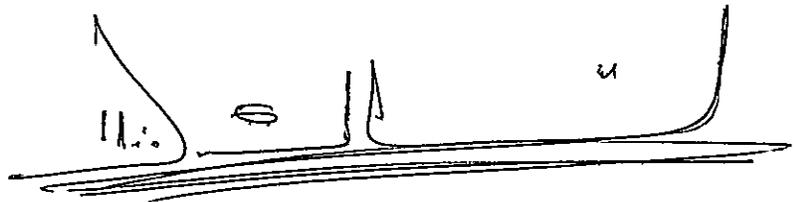
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520190076601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190076601)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190076601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00354-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: IVAN BAUTISTA ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (fls. 4 a 7) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) IVAN BAUTISTA ROMERO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare para todos los efectos la nulidad del traslado del régimen de prima media hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual.
2. Como consecuencia se ordene el regreso del señor IVAN BAUTISTA ROMERO, al régimen de prima media administrado hoy Colpensiones.
3. condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de todos los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación del demandante; como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con los respectivos rendimientos que se hubieren causado.
4. Condenar a la AFP Protección SA al pago de los perjuicios causados y los intereses moratorios, al mismo estado que tenía el demandante antes de la afiliación.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 41 a 49 y 60 a 66) y PROTECCION SA (fls. 79 a 84), de acuerdo al auto visible a folios 113. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de junio de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante IVAN BAUTISTA ROMERO. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que la ajusta no se acerca a la realidad judicial, cita el señor Juez que la línea jurisprudencial,

en especial la sentencia SL688 del 8 de mayo de 2018, de la Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, invirtió la carga del aprueba y manifiesta que en este caso, no le corresponde al trabajador sino a la AFP probar que prestó una asesoría diligente y completa para que el trabajador de una manera libre saber si le convenía quedarse o no en el RAIS o devolverse a Colpensiones, en el plenario no se demostró en ningún momento que en los 26 años que el demandante ha estado afiliado al RAIS le hayan prestado esa asesoría, incluso el representante legal de Protección indicó que no estuvo presente al momento del traslado del actor, no le consta que información se le dio al actor, y manifiesta que si bien el demandante llenó el formulario, esto no es suficiente para demostrar que fue asesorado de una manera correcta para tomar ésta decisión. Protección no demostró que en 26 años que estuvo afiliado al RAIS le haya dado información alguna, y en los últimos 10 años, el demandante no pudo trasladarse. Fundamenta el Juzgado que las pretensiones incoadas no son dables, ya que no se demostró el posible perjuicio económico, sin embargo desconoce el Juzgado que la Ley no requiere ninguna prueba y la formula aplicada por Colpensiones es la de calcular el promedio de los últimos 10 años de IBL para calcular su pensión, sin embargo la fórmula que utiliza los fondos privados de pensiones es totalmente distinta y existe un debate porque las pensiones de Colpensiones son subsidiadas, en cambio las del RAIS se administra los recurso del trabajador y la fórmula que aplican hace que ésta pensión sea equivalente al SMLMV, en cambio Colpensiones en el caso del demandante, actualmente si bien no tiene la edad, si acredite 1800 semanas lo que le genera tener derecho al 80% del IBL.

Si bien no se decretó la prueba del cálculo actuarial, lo cierto es que la Ley es de conocimiento público y la forma de liquidar la pensión no requería ningún tipo de prueba, reitera que el fondo privado no demostró que dio una asesoría completa en estos 26 años al demandante, no se siguen los parámetros que fija la jurisprudencia, hay múltiples sentencias, y el fondo privado no cumplió con su deber legal de asesoría, demostró una actitud procesal negligente.

2. COSTAS: Solicita se condene a Protección SA y a Colpensiones en costas procesales.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le

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 ING efectuado por el (la) señor (a) IBAN BAUTISTA ROMERO el día 5 de octubre de 1994; 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 ING SA el 5 de octubre de 1994, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1994 y dadas las cesiones por fusión quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 105).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera

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

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

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

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES no aportó ningún elemento probatorio. PROTECCIÓN SA aportó: formato de afiliación (1994), respuestas a derechos de petición, sábana de bono pensional, Historia laboral, reporte estado de cuenta, historia de vinculaciones del SIAFP.

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

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

Claramente para el momento del traslado 5 de octubre de 1994, el demandante tenía 536,43 semanas (fl. 92), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 24 de febrero de 1963 – fl. 16) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad, podría pensionarse en el RPM, toda vez que actualmente tiene más de 1552,57 semanas – fl. 92, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley

100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor IVAN BAUTISTA ROMERO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP ING (HOY AFP PROTECCIÓN SA) el 5 de octubre de 1994, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; 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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2020 por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor IVAN BAUTISTA ROMERO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP ING (HOY AFP PROTECCIÓN SA) el 5 de octubre de 1994, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

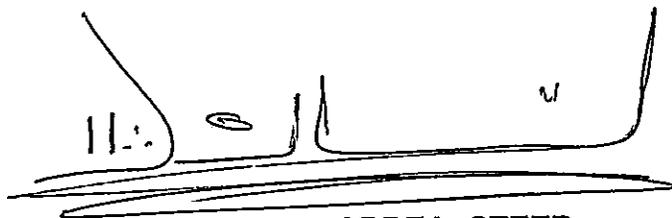
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520190035401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190035401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190035401)