



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2019-00847-01

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

DEMANDANTE: MARTHA LUZ BETANCOURT NIÑO

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls 160-166.) y la parte demandada Colpensiones (fls.169-171) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Martha Luz Betancourt Niño instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a

folios 4, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare nulo e ineficaz el traslado al RAIS y la afiliación hecha a la demandante a Porvenir S.A., por haberse realizado de forma engañosa, sin la asesoría verdadera, suficiente, adecuada, clara y oportuna.
2. Se declare que la demandante tiene derecho a permanecer vinculada al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se declare que AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante a esa AFP y al RAIS, desde la irregular afiliación hasta cuando se verifique el traslado a Colpensiones, debidamente actualizados.
4. Se declare que Colpensiones debe recibir de la AFP Porvenir S.A. todos los aportes que la demandante haya realizado a esa AFP y al RAIS, debidamente actualizados.
5. Se ordene a la AFP Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones todos los aportes que la demandante efectuara a la AFP Porvenir S.A., y al RAIS desde su irregular afiliación hasta que se verifique el traslado, debidamente indexados.
6. Se ordene a Colpensiones que reciba de la AFP Porvenir S.A. todos los aportes que la demandante efectuara a esa AFP y al RAIS, debidamente actualizados.
7. Se ordene a Colpensiones que una vez haya recibido todos los aportes, actualice la historia laboral de la demandante.
8. Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.
9. Se condene a las demandadas al pago de las prestaciones ultra y extra petita que resulten probados dentro del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Colpensiones (fis.143), de acuerdo al auto del 4 de marzo de 2020, y Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. AFP Porvenir SA no contesto la demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora Martha Luz Betancourt Niño

al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Martha Luz Betancourt Niño, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. **DECLARÓ** que la demandante Martha Luz Betancourt Niño para efectos pensionales, se encuentra afiliada al RPM administrado hoy por Colpensiones. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Porvenir S.A. **ORDENÓ** se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Se aparta de las consideraciones esbozadas por el juez al momento de proferir la sentencia, en lo que respecta al interrogatorio de parte, rendido por la demandante. Dice que se evidencian contradicciones a las cuales se hizo referencia en los alegatos de conclusión y en lo que respecta a la falta de conocimiento de la demandante frente a su situación pensional. Expresa que se denota la negligencia de parte de la demandante, por cuanto no conoce su situación pensional, y que también dice que se evidencia que la asesora de la AFP Porvenir la estuvo visitando en su lugar de trabajo por un periodo de 8 días, pero la demandante dice que durante este tiempo, no se le efectuó ningún tipo de información.

Manifiesta que si la asesora de la AFP Porvenir estuvo visitándola durante ese tiempo, es porque se le brindó la información más allá de lo que hizo mención en el proceso.

Señala también que, en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó sin que se le hubiera preguntado, que ella decidió, de manera voluntaria, afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Circunstancia que, según dice la apoderada, demuestra que ella conocía cuáles eran las implicaciones para su pensión al efectuar su traslado y que actualmente no las tenga en cuenta, no tendría por qué. presentársele esta situación a Colpensiones y verse perjudicada por la misma.

Dice la apoderada de Colpensiones que su representada va a tener ciertos perjuicios frente a la decisión que se acabó de efectuar en este proceso, porque si bien se declaró que todos los dineros iban a ser devueltos sin descuento alguno y debidamente indexada, esto no

genera, ya de por sí, que no se presente ningún tipo de afectación financiera ante Colpensiones. Pide se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema del cual, a su parecer, la Corte Suprema de Justicia no ha hecho mención, pero para esta circunstancia no es óbice para declarar que no se presenta afectación en esta clase de procesos, más cuando Colpensiones tiene que entrar a reconocer a futuro una prestación pensional, que son las finalidades de todos estos procesos en los que se busca la declaratoria de ineficacia, circunstancia que, según expresa, genera ese perjuicio del cual se busca evitar a futuro.

Señala que la demandada no fue tomada en cuenta para saber un posible monto de su mesada pensional en el régimen de prima media, y dice que se efectúan cálculos con miras a conocer esos determinados valores para la destinación de los recursos. Recursos que, en este caso, no se cuentan, dada la modalidad de financiación del régimen de prima media con prestación definida que dista del régimen de ahorro individual con solidaridad. Dice que en Colpensiones no se tienen cuentas de ahorros de cada uno de los afiliados, que lo que se tiene son unas cuentas comunes, una bolsa común, y allí van todas las cotizaciones que efectúan todos los afiliados en el régimen que administra Colpensiones. Expresa que es ahí donde se presenta esa afectación al principio de sostenibilidad y al modelo de financiación de Colpensiones con pensiones y pide se tenga en cuenta al momento de desatar o decidir el recurso que interpone.

Señala finalmente que Colpensiones o, en su momento, el Instituto de los seguros sociales, no tuvo ningún tipo de injerencia en el negocio jurídico que se demanda, pero sin embargo se ve afectado por las consecuencias del mismo, razón por la cual o en virtud del principio de la relatividad contractual, dice que no tendría por qué verse un tercero perjudicado en un negocio jurídico el cual no celebró, sino que sencillamente, convalidó ese derecho a la libre escogencia que tenía la demandante.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Martha Luz Betancourt Niño** el día 18 de julio 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 18 de julio de 2001 (fl.41)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se

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

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 aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA no contesto demanda.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de julio de 2001, 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 18 de julio de 2001, la demandante tenía 941,6 semanas (fl.22) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 16 de enero de 1960 – fl 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2017. (Actualmente ha cotizado más de 1592 semanas fl.22), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

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 señora **Martha Luz Betancourt Niño** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 18 de julio de 2001.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante Colpensiones, habrá lugar a condenarla en costas en 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 24 de mayo de 2021 por el juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502320190084701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320190084701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320190084701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2018-00209-01

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

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO ACOSTA MARTINEZ

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE //
RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (f1163)

La parte demandada Colpensiones (fls.160) y Protección S.A. (fls.160-175) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Carlos Alberto Acosta Martínez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y con subsanación de demanda a folios 45 , con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPM al RAIS administrado en concreto por la AFP Protección S.A.
2. Se ordene el retorno del señor Carlos Alberto Acosta Martínez al RPM administrado actualmente por Colpensiones.
3. Se ordene a AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado y demandante.
4. Se declare y reconozca a favor del demandante, cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda, siempre y cuando se halle demostrado dentro del proceso, esto es, en aplicación de las facultades extra y ultra petita del Juez laboral.
5. Se condene en costas procesales a la parte demandada.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda AFP Protección SA (fl 66-89) y Colpensiones (fl 126-132), de acuerdo al auto del 12 de septiembre de 2018. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de febrero de 2021, **DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS a partir del 2000. **CONDENÓ** a la demandada Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **CONDENÓ** a

Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandas. **CONDENÓ** en costas a la demandada Protección S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000). **SOLICITÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta el recurso frente a lo relacionado con la fijación de costas, toda vez que, según dice, no corresponde por el tiempo que llevó a cabo para salir de la primera instancia del proceso y segundo, con lo referente a los Acuerdos y normas establecidas para la fijación de las costas y agencias en derecho cuando no se tiene establecida una cuantía para el proceso.

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

Interpone el recurso de manera parcial específicamente en lo que tiene que ver con los gastos de administración.

Manifiesta que Protección actuó de buena fe por un mandato constitucional y las deducciones que realizó de la cuenta de ahorro individual por este concepto, lo hizo de manera legal, válida, exequible con normas aplicables y vigentes y se trata de comisiones causadas y pagadas por la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual que ha sido administrada de forma correcta y oportuna, generando rendimientos significativos por encima del 100% de los aportes de la accionante al régimen de ahorro individual.

Considera el apoderado que Protección puso todo su conocimiento técnico, su experiencia, su experticia, su voluntad, para que esta cuenta tuviera un manejo adecuado y tuviera los rendimientos que hoy reporta.

Exhorta a que se entienda que con la declaratoria de ineficacia se retrotraigan las actuaciones a su estado inicial. Dice que no se hayan causado los gastos de administración, entre otras cosas, porque los mismos no componen directamente los valores de la cuenta de ahorro individual, sino como lo designa la ley, es un

porcentaje destinado a la administración y por no ser específicamente parte de la cuenta de ahorro individual, los mismos son sujetos de prescripción.

Considera que no es posible devolver un porcentaje de ahorro por descuento de administración de la cuenta de ahorro individual a una entidad que, en efecto, no ha administrado esa cuenta. Considera en ese sentido, que devolver esos dineros, se estaría configurando un detrimento patrimonial en contra de Protección S.A y un enriquecimiento sin causa en favor del Régimen de Prima Media.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señor(a) **Carlos Alberto Acosta Martínez** el día 14 de junio de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3.** Costas procesales.

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 hoy AFP Protección SA el 14 de junio de 2001, con efectividad a partir del 1° de agosto del mismo año (fl.100).

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

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

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

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

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

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 el 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Protección S.A aportó: captura de pantalla aplicativo AS400, Certificado asofondos SIAFP, historia laboral bono pensional, movimiento de la cuenta de ahorro individual, historia laboral, políticas para asesorar y vincular personas, concepto de la Superintendencia Financiera 2015123910-002, comunicado de prensa año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de junio 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 14 de junio de 2000, el(la) demandante tenía 239,14 semanas (fl 102) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93

original, tenía en el año 1994, 41 años (nació el 28 de marzo de 1953 – fl.19), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.194 semanas - fl 102), se podría pensionar en el régimen de prima media una vez cumpla las 1300 semanas (la edad la cumplió en el 2015), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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 el(la) señor(a) **Carlos Alberto Acosta Martinez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Protección S.A. el 14 de junio de 2000.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación a la condena en costas impuestas en primera instancia según el cual se debe condenar en costas a las demandadas dada la duración del proceso.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar o no las costas, numeral 5 del art 365 C.G.P. "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a Colpensiones porque considero que no se causaron, Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS Sin Costas en esta instancia.

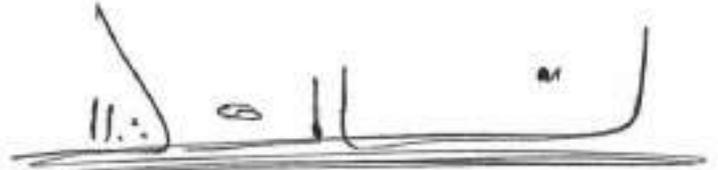
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502620180020901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502620180020901)

Aclaro Voto.



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620180020901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 27-2018-00471-02

Bogotá D.C., septiembre Veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARTA ELENA CAMERO YEPES

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A.**

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN 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 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Andres Zahir Carrillo Trujillo con tarjeta profesional No.267.746 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.368)

La parte demandante (fls.370) y la parte demandada Colpensiones (fls.363), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 6 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Marta Elena Camero Yepes instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia del traslado de la demandante y su afiliación al RAIS, ante la omisión de la AFP Colfondos S.A. del deber profesional de información.
2. Se ordene el traslado y afiliación de la demandante a Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, manteniendo su régimen pensional anterior al momento del traslado al fondo privado, de acuerdo con el principio de favorabilidad, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen.
3. Se declare que la demandante conserva el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 71 de 1988 en aplicación del principio de favorabilidad.
4. Se ordene a AFP Colfondos S.A. la devolución a Colpensiones, de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del código civil (sentencia SU-062 de 2010) sin descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración, o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del código civil.
5. Se condene a AFP Colfondos S.A. a seguir pagando la pensión otorgada al demandante, hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional.
6. Se condene a Colpensiones a expedir el acto administrativo respectivo de reconocimiento y pago a la demandante de la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de los requisitos, de acuerdo con el régimen de transición del cual es beneficiario y el que resulte más favorable junto con el retroactivo respectivo, y en adelante, teniendo en cuenta las cotizaciones que este

realizo a esa entidad de seguridad social y las cotizadas en los diferentes fondos privados de pensiones en el RAIS , descontando del retroactivo, los valores de las mesadas que ya fueron pagadas por el fondo privado de pensiones en el RAIS según lo indicado por la jurisprudencia.

7. Se ordene a Colpensiones que los descuentos en salud sobre el retroactivo pensional, se realicen únicamente sobre el valor asumido por éste por las diferencias pensionales pagadas.
8. Se condene a Colpensiones a pagar a la demandante, intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por la mora en el pago de las diferencias pensionales a partir de la primera mesada pensional y teniendo en cuenta la reclamación presentada al respecto y a futuro hasta que se verifique el pago de la pensión.
9. Se condene a las demandadas en forma solidaria y mancomunada a pagar a la demandante a título de indemnización por el traslado realizado sin el consentimiento informado, el valor de las mesadas que eventualmente se declaren prescritas.
10. Se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
11. Se condene a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades en caso de ser propuestas por las demandadas según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P. y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
12. Se declare y se condene a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a favor de la demandante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.234-245) y AFP Colfondos SA (fls.286-296), de acuerdo al auto del 21 de noviembre de 2018. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 27 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de abril de 2021, **ABSOLVIÓ** a Colpensiones y a la AFP Colfondos S.A. de todas y cada una de las pretensiones. **DECLARÓ** probadas las excepciones propuestas de inexistencia de

la obligación por parte de Colpensiones y la AFP Colfondos, y la de cobro de lo no debido propuesta por AFP Colfondos. **CONDENÓ** a la demandante en la suma de \$250.000 en favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Ruega a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se tenga en cuenta que, en el caso particular de la demandante, en el momento que hace su traslado de régimen pensional no se le dio una información cierta, una información completa acerca de cada una de las características y acerca de cada una de las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Acepta que es cierto que la demandante se pensionó en el año 2017, pero ruega tener en cuenta que ella es beneficiaria del Régimen de Transición, nació para el 05 de abril de 1957, por lo que el 01 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para conservar precisamente el Régimen de Transición.

Expresa que la demandante, al 25 de julio del año 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, parágrafo transitorio 4, cumplió con las 750 semanas, esto equivalente en tiempo de servicio para mantenerse en el Régimen de Transición hasta el 31 de diciembre del 2014. Aúna en esto poniendo de presente que la demandante al 31 de diciembre del 2014 contaba con 57 años de edad y 1456 semanas de cotización, situación que declara, permitía mantener ese Régimen de Transición.

Ruega a los honorables Magistrados tener en cuenta en el caso particular, que si bien es cierto, no se logra acreditar por parte del Fondo Privado, que en el momento del traslado hubiese cumplido con su deber de suministrar una información bajo estos parámetros de libertad informada que habían sido establecidos en la reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, hay otro momento y es cuando la demandante llega a solicitar el reconocimiento de su derecho pensional.

Manifiesta que, como lo había mencionado en los alegatos de conclusión, si el Fondo hubiese sido diligente y hubiese tenido el mínimo de cuidado respecto a la demandante, le hubiese informado en ese momento en que se acerca a solicitar su reconocimiento pensional, que ella era efectivamente beneficiaria del Régimen de Transición y que, por tanto, en aplicación de la sentencia SU-062 del 2010, hubiese podido retornar en cualquier momento y no proceder a indicarle que podía optar por ese derecho pensional.

Ruega a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, también que se tenga en cuenta, que efectivamente la Corte Suprema de Justicia emitió la Sentencia 373 del 2021 y que, en razón a ese principio y a esa posibilidad que tiene cada Juez y cada Magistrado de apartarse de esa Sentencia, en el entendido de que es una sentencia que es para las partes dentro de un proceso y que aún no ha sido proferido un precedente, en el entendido de que apenas es la primera sentencia que se tiene de este órgano de cierre respecto al tema de los traslados para personas que se encuentran pensionadas.

Pide que se haga un estudio detallado de la situación de la demandante y se tenga en cuenta que ella como beneficiaria del Régimen de Transición y, además, teniendo en cuenta que el fondo privado no acreditó su cumplimiento de información, ni en el momento del traslado, ni en el momento en que la demandante llega a solicitar su reconocimiento pensional, se acceda a las pretensiones de la demanda y se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia.

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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Marta Elena Camero Yepes** el día 3 de abril 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 3 de abril de 1995 (fl.297).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA aportó: formulario de afiliación, y copia del expediente pensional de la demandante que incluye entre otros el documento de reconocimiento de pensión de vejez, contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado, la liquidación de la mesada de junio 2017 donde se evidencia cuantía por \$2.620.000.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que mediante documental visible a folio 298 del expediente, la AFP Colfondos SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la aquí demandante, le reconoció pensión de vejez a partir del mes de junio de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía equivalente a \$2.620.000

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento proferido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021, en donde adoctrinó:

"Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:**

Desde el punto de vista de los **bonos pensionales**, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las **modalidades pensionales**, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida."

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad de traslado como lo pretende el recurrente, pues a pesar de que podría configurarse las condiciones para ello, lo cierto es que **tiene ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAIS.**

Así mismo, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, por lo que dicho riesgo ya fue consolidado en el régimen de ahorro individual, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2017.

Por las razones expuestas, se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria de primera instancia, pero por las razones expuestas en el presente proveído, y en ese sentido se **DECLARARÁ PROBADA** la excepción de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, respecto de la pretendida declaración de nulidad de traslado, con

la consecuencia absolución a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS 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. 11001310502720180047102)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502720180047102)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720180047102)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 27-2018-00671-01

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

DEMANDANTE: MARIA EUGENIA ROJAS CASTIBLANCO

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Andrés Zahir Carrillo Trujillo con tarjeta profesional No. 267.746 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl142)

La parte demandada Colpensiones (fls.136) y AFP Porvenir SA (fls.146), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Maria Eugenia Rojas Castiblanco instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2, con subsanación de demanda a folios 65, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales, celebrado entre la señora, Maria Eugenia Rojas Castiblanco y Porvenir, el 1 de junio de 2002, por incumplimiento de la AFP Porvenir, de entregar la información oportuna y completa a la demandante, que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital, que debía ahorrar, para asegurar la mesada pensional que considerara adecuada en el momento de su retiro laboral.
2. Se declare que, resuelto el contrato de administración de aportes, la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco, retornara al sistema de prima media administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a Porvenir, trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco, como aporte pensional para financiar su pensión en Colpensiones.
4. Se condene a Porvenir a pagar cualquier diferencia económica que surja, para asegurar la financiación de la pensión de la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco, en el RPM.
5. Se declare que Porvenir debe cancelar las agencias en derecho señaladas por la ley.
6. Se declare lo que en defensa de los derechos de la trabajadora Maria Eugenia Rojas Castiblanco, emita el respetado señor Juez.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fls.89-104) y Colpensiones (fls.108-123), de acuerdo al auto del 17 de junio de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 27 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco del RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual. **ORDENÓ** a Colpensiones afiliarse nuevamente a la señora Maria Eugenia Rojas Castiblanco al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de AFP Porvenir S.A. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Porvenir S.A. por la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Evidencia que, efectivamente, la demandante realizó un traslado de régimen pensional con Porvenir, en el cual se le brindó una información totalmente completa, clara y comprensible.

Indica que la información se brindaba de manera verbal, por tanto, no existe un documento adicional al formulario de afiliación que se pueda allegar al expediente para demostrar que la demandante ha estado dieciocho (18) años afiliada válidamente al R.A.I.S., sin que hasta la fecha se haya generado ningún tipo de inconformidad. Dice que se declaró la ineficacia que contiene el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y que esa norma establece una ineficacia cuando existan actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir que, se exigen conductas dolosas y que en el caso no fueron robadas ni alegadas dentro del proceso.

Exhibe que la falladora de primera instancia manifiesta que el formulario de afiliación no es un documento idóneo que pueda demostrar esa información que se le brindó en el momento de la afiliación a la demandante. Reseña el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 que indica que cuando se genere un cambio de régimen, este se debe hacer por escrito y debe

manifestar que se hace de manera libre y voluntaria, tal cual lo hizo Porvenir, y por cumplir con la Ley, alega que no debe ser condenada. Dice que es una exigencia de la Ley 100 de 1993, y no es una impresión que se haga por medio de las administradoras, sino que, se está cumpliendo con la Ley desde el momento de la creación de las A.F.P.

Dice que la demandante fue asesorada acerca de temas como: el régimen de transición, de bonos pensionales; que sabe cuáles son las implicaciones de su decisión, y expresa que no es dable que dieciocho (18) años después, simplemente indique que no recibió una información adecuada, simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Se pregunta, si este formulario de afiliación no es una plena prueba para demostrar que siempre se ha cumplido las AFP con el deber legal, entonces ¿Cuál es el documento que se le exige a las administradoras, en este caso, a Porvenir, para demostrar que la demandante ha estado válidamente afiliada al R.A.I.S?. Expresa que no es posible traer un asesor que hace casi veinte (20) años, generó esa afiliación, para que deponga sobre la información que se le brindó, y tampoco se puede fabricar una prueba, ya que para la época no había ese deber de documentar. Dice que el deber de informar siempre ha existido y siempre lo han cumplido, pero que no tienen un documento adicional para aportar al expediente.

Indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, y que esa norma, fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004, fue declarada exequible, previniendo aspectos de interés general por encima del particular, con una no descapitalización del régimen de prima media y también con un principio de estabilidad financiera en el R.A.I.S.

Menciona el Decreto 2555 del 2010, emitido por la Superintendencia Financiera, que indica cuales son los deberes de los consumidores financieros, entre ellos, que deben informarse adecuadamente sobre el Sistema General de Pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación, y emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones. Expresa que esa serie de deberes, no fueron cumplidos por la parte demandante, y es la negligencia, que no puede ser cargada a Porvenir.

Habla que dentro del interrogatorio de parte se ve cómo, efectivamente, la demandante dice que le llegaban sus extractos, ahí puede evidenciar el tema de rendimientos, tema del valor de la cuenta ahorro individual. Dice que la demandante únicamente se dedicaba a verlos, si empleador le consignaba los aportes o no y que esa es otra negligencia de la parte demandante, y repite que, no puede ser cargada a Porvenir. Expresa que posteriormente genera un traslado horizontal, supuestamente obligada, pero en ningún momento validó, verificó, se informó efectivamente cuales y las implicaciones de ese traslado horizontal.

Manifiesta la apoderada que al preguntarle a la demandante si sabía cómo se iba a pensionar en Porvenir, responde que no lo sabe, pero que no significa que no se le haya brindado una información, lo que significa es que no la recuerda, como lo dijo o lo respondió varias veces en el interrogatorio de parte, y ahora pretende trasladar esa culpa a la negligencia, a Porvenir que siempre ha cumplido con su deber legal de información.

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

Presenta que los argumentos esgrimidos por el juzgado no toman en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas con la parte demandante, dice que se debe tener en cuenta para la resolución del caso los siguientes aspectos:

Primero habla de la obligatoriedad legal que da base a los trabajadores, cita el Decreto 2241 del 2010, en cuanto al consumidor financiero era de tener una adecuada atención al y revisión de sus asuntos, a los cuales se somete este tipo de traslado, los cuales notoriamente no se encuentran demostrado que hubiesen hecho adecuadamente, y revisado de manera diligente por parte de la demandante en el momento del traslado y posterior afiliación a ese régimen de ahorro individual.

Dice que la responsabilidad objetiva que se endilga directamente a Colpensiones dentro del proceso, en cuanto a recibir en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento los daños que se puedan ocasionar más adelante con el reconocimiento pensional, generando un desbalance financiero, el cual no es sustentable en que Colpensiones sea la única afectada

Dice que al recibir a una afiliada a la cual, por más de diecinueve (19) años, contando ya el año de presentación de la demanda y resolución del caso, sea el fondo público quien reciba y reconozca un derecho pensional, el cual tiene que entrar a subsidiar carga prestacional que no se ve reflejada en ningún momento en su manejo de afiliación por más de diecinueve (19) años, en el que estuvo en el régimen de ahorro individual.

Manifiesta que para el momento de traslado efectivo directamente al fondo privado, no se exigía un nivel de asesoría, o no se exigía un nivel de demostración de asesoramiento, porque también se exponían que en el momento del traslado se le brindará información, más no que se expusiera documentación extra, como lo acredita la Corte Suprema de Justicia, que en ese momento no se pueden crear documentos de los cuales no existían o no eran exigibles por la Ley.

Dice que no se puede tener en cuenta este tipo de documentación exterior a diferencia de lo que sí se demostró dentro del proceso con el documento de afiliación, el cual fue firmado de manera libre y espontánea por la parte demandante.

Se remite al interrogatorio de parte, en el cual, la demandante dice que fue la que se dirige directamente más allá del agendamiento, no, porque no era obligatorio la asistencia a esas charlas dentro de la actividad empresarial que comentaba. Dice que la demandante elige Porvenir como su fondo de pensiones, y no se preocupa en ningún momento de su fondo de pensiones, que en su momento era el Instituto de Seguros Sociales, desmentir cualquier tipo de información para realizar un traslado responsable, de este tipo de asuntos tan importantes como son los pensionales.

Pide tener en cuenta que dentro de esa relación legal de la demandante y del fondo privado, Colpensiones es totalmente externo a ese negocio jurídico, no puede verse afectada al recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que, según dice, esto genera una desestabilización financiera de las arcas del Estado que no ha sido sustentado dentro del proceso, y que adolece directamente de endilgar a Colpensiones como la responsable más adelante de un reconocimiento pensional.

Finalmente solicita al tribunal superior de Bogotá – Sala Laboral, revocar la decisión y mantener el traslado realizado en el año 2002 por parte de la demandante con el fondo privado, de manera incólume y que se resuelva el caso absolviendo a Colpensiones de cualquier pretensión incoada dentro de la misma.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **María Eugenia Rojas Castiblanco** el día 4 de abril 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 4 de abril de 2002 (fl.27) con efectividad a partir del 1° de junio de 2002 (fl.26)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

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 aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: poder, certificado de existencia y representación y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de abril de 2002, 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 4 de abril de 2002, la demandante tenía 344 semanas (fl.32) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 7 de marzo de 1964 – fl 24) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el en el RPM una vez cumpla los requisitos de edad y semanas cotizadas. (A enero de 2018 ha cotizado más de 1101 semanas fl.32), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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 señora **María Eugenia Rojas Castiblanco** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 4 de abril de 2002.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo 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 8 de marzo de 2021 por el juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones 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

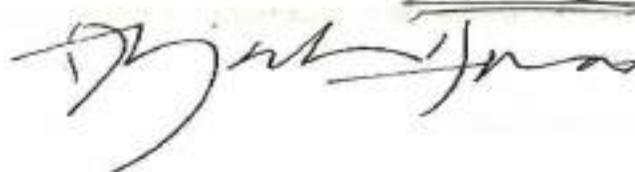
Ponente

(Rad. 11001310502720180067101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502720180067101)
Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720180067101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 27-2019-00294-01

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

DEMANDANTE: JAIME LADINO BEJARANO

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA, Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA con tarjeta profesional No.205.907 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 128)

La parte demandada Colpensiones (fls.126) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Jaime Ladino Bejarano instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que el señor Jaime Ladino Bejarano estuvo afiliado al ISS y por ende, al RPM desde el 05 de septiembre de 1991 hasta el 30 de junio de 2001.
2. Se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuada por el demandante a partir del 21 de mayo de 2001.
3. Se ordene a AFP Protección S.A. anular la afiliación efectuada por el señor Jaime Ladino Bejarano el día 21 de mayo de 2001.
4. Se ordene a AFP Protección S.A. transferir a Colpensiones a título de cotizaciones, el saldo en la cuenta de ahorro individual del señor Jaime Ladino Bejarano junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración.
5. Se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación del señor Jaime Ladino Bejarano en las mismas condiciones que tenía antes de efectuar el traslado de régimen pensional como si nunca se hubiera efectuado el mismo.
6. Se ordene a Colpensiones a registrar en la historia laboral del señor Jaime Ladino Bejarano, el detalle de las cotizaciones transferidas por la AFP Protección S.A.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 54-70), y AFP Protección SA (fl 84-94) de acuerdo al auto del 5 de agosto de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del señor Jaime Ladino Bejarano de RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por AFP Protección S.A. **CONDENÓ** a la demandada AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Jaime Ladino Bejarano, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual. **ORDENÓ** a Colpensiones afiliarse nuevamente al señor Jaime Ladino Bejarano al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de AFP Protección S.A. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Protección S.A. por la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que no se encontró demostrado una acción u omisión que hiciera responsable a Colpensiones directamente, y que tampoco se acreditaron los perjuicios que presuntamente se causaron, los cuales eran imprevisibles.

Dice que no resulta procedente realizar una declaratoria de ineficacia que no hubo objeto ni causa ilícita, que el consentimiento prestado por las partes fue libre y que no existe norma imperativa que haya sido vulnerada, toda vez que el cambio de regímenes pensionales, se encuentra consagrado en el inciso 4 del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Expresa que el proceso de nulidad o de ineficacia del traslado, genera para Colpensiones una labor, una defensa judicial técnica en una relación sustancial, en la cual, en un principio, no hizo parte. Reitera lo dicho en sus alegatos, que realmente no se está ante un perjuicio irremediable, sino ante una mera expectativa de un derecho.

Manifiesta que al momento de la afiliación al R.A.I.S., se encontraba frente a una mera expectativa, refiere a que tal como se desprende de los hechos y de las pruebas documentales, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, esto es el 1° de abril del 94, el demandante no contaba con la edad ni con el requisito del tiempo.

Finalmente hace énfasis sobre la descapitalización del sistema, dice que, en varios pronunciamientos de la Corte, se ha establecido que recibir estos afiliados, que no han cotizado al régimen de prima media, puede ocurrir para los demás afiliados un detrimento y una descapitalización del fondo común, del cual hace parte Colpensiones.

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

Gastos de administración

Apela en lo que tiene que ver con el traslado de las cuotas de administración y lo descontado por primas de seguro. Manifiesta que no procede, en el caso concreto, lo resuelto por la juez de primera instancia, el numeral segundo de la providencia, frente a la devolución de la comisión de administración y seguro previsional, sustentado en:

Primero dice que la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley 100 del 93, con modificación posterior de la Ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a las administradoras de fondos de pensiones a realizar los descuentos del 3% sobre el 16 de los aportes de los afiliados a pensiones obligatorias, el mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional, y es un descuento que opera en varios regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual, como en el régimen de prima media.

Se refiere a que obra prueba en el expediente, el certificado de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, que demuestra, que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado, y esto da cuenta de que los mismos fueron debidamente administrados por Protección.

Expresa que con la condena de primera instancia que se ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, más los rendimientos financieros generados, y, adicionalmente, lo descontado por comisión de administración, se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porqué está recibiendo una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, y, adicionalmente, ya se le están trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección, lo cual manifiesta, daría derecho a que Protección pueda conservar esta comisión como restitución a su favor.

Ineficacia y/o nulidad

Destaca que es importante, respecto de la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de ella, y la aplicación que se le está dando al artículo 1746 del Código Civil, resaltar el contenido del artículo, y lo cita: *"Artículo 1746, dispone los efectos de la declaratoria de nulidad: "la nulidad pronunciada en sentencia, tiene la fuerza de cosa juzgada, que da a las partes derecho para ser restituidas, al mismo estado en el que se hallarian, si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicios de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su*

deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y las posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo."

Expresa entonces que con la aplicación estricta que se le viene dando a dicho artículo en las declaratorias de ineficacia de la nulidad, si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias:

Dice que primero el contrato de afiliación nunca existió; segundo: Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante; tercero: los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron; y cuarto: no existió el cobro de una comisión de administración.

Refiere a que el artículo 1746, habla de la figura de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, y que con base en esto, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo un fruto y unas mejoras, y tan no se desconoce la producción de estas otras, que se está ordenando el traslado de los rendimientos financieros.

Apunta que producto de la buena gestión que realizó Protección de la cuenta de ahorro individual del demandante obtuvo esos rendimientos, lo que según dice, la faculta a conservar a comisión de administración, si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Habla de las prestaciones acaecidas, que manifiesta no se pueden desconocer, cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido, como se viene haciendo, la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones, que una parte u otra daba recibido, se llegaría entonces, según dice, a la conclusión de que si no se debió haber descontado la comisión de administración, tampoco debieron haber existido rendimientos financieros. Referencia que la teoría de las prestaciones acaecidas, también fue puesta en contexto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado Eduardo López

Villegas y cita lo manifestado por el magistrado: *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación, respecto a las prestaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en el que se formaliza el acto anulado, mediante restitución completa de las prestaciones, que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y*

preservar las situaciones consolidadas ya en el ámbito de derecho laboral y el de la seguridad social."

Refiere también el contenido de la Sentencia S.L. 2324 del 19 de marzo de 2019, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Doctora Ana María Muñoz Segura, quien luego de acceder a la ineficacia del traslado solicitado por un afiliado y ordenar la devolución de aportes de un fondo privado a Colpensiones, se refirió al rol de terceros de buena fe dentro de este tipo de procesos y consideró, para este efecto; primero: que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros, y esto, respecto de lo que se ordena devolver que ya se descontó para las primas de Reaseguro; y segundo: que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en este sentido debe mantenerse las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.

Cita también el concepto del 17 de enero de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia que indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o la ineficacia de la afiliación y se da un traslado de régimen, se debe dar aplicación estricta al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, que establece que bajo estos traslados se debe, entonces, ordenar remitir el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando en todo caso la designación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración de las A.F.P., que generan entonces los rendimientos.

Prescripción

Expresa que frente al cobro del 3% destinado a cobro de administración, sí opera el fenómeno de la prescripción; en primera medida porque es un concepto de tracto sucesivo impuesto por la periodicidad que le impone la Ley; segundo: porque es un porcentaje que no está directamente destinado a financiar la pensión de vejez del demandante; y tercero: porque lo que se ha declarado imprescriptible en los fallos de procesos de ineficacia es la opción que tienen los demandantes de los afiliados de acudir a la jurisdicción buscando reversar ese acto jurídico, sin embargo reitera que, los créditos y obligaciones que está declaratoria se erigen, gozan del fenómeno de la prescripción.

Solicita que no se obligue a Protección a devolver el valor de lo descontado por primas de reaseguro, toda vez que, mensualmente, de la cuenta de ahorro individual del demandante se descontó, para pagarle a una aseguradora, una suma adicional que cobijaba las pensiones de invalidez o sobrevivencia en caso de que hubiese sufrido los siniestros, y la no ocurrencia del accidente o del siniestro, no da derecho a las partes para recobrar lo que por seguro ya se pagó.

Manifiesta que las aseguradoras son un tercero de buena fe que nada tuvieron que ver en el acto suscrito por el afiliado y la administradora, y dicho descuento, de estas

aseguradoras, se realizó por orden inmediata de la Ley y no por capricho de las administradoras.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el(la) señor(a) **Jaime Ladino Bejarano** el día 21 de mayo de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Santander hoy AFP Protección SA el 21 de mayo de 2001, con efectividad a partir del 1° de julio del mismo año (fl.100).

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

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

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

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

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

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 el 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Protección S.A aportó: copia formulario de afiliación a AFP Santander, Certificado asofondos SIAFP, historia laboral bono pensional, movimiento de la cuenta de ahorro individual, historia laboral, concepto de la Superintendencia Financiera 2015123910-002, comunicado de prensa año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de mayo de 2001, 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 21 de mayo de 2001, el(la) demandante tenía 304,43 semanas (fl 106) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 8 de diciembre de 1960 – fl.24), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.247 semanas - fl 106), se podría pensionar en el año 2022 en el régimen de prima media, con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de

hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021,

mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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 el(la) señor(a) **Jaime Ladino Bejarano** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Protección S.A. el 21 de mayo de 2001.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Protección SA, y Colpensiones 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 10 de marzo de 2021 por el juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Protección SA, y Colpensiones) 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. 11001310502720190029401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502720190029401)
Aclaro voto.



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720190029401)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 28-2017-00580-02

Bogotá D.C., septiembre Veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: YEISON GUSTAVO GUARIN SILVA
DEMANDADO: ALMACENES ÉXITO S.A.
ASUNTO : APELACIÓN (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 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se presentó alegaciones por escrito, solo por parte del apoderado de la parte demandada vía correo electrónico y visible a folios 224 a 227 del expediente físico, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **YEISÓN GUSTAVO GUARIN SILVA** instauró demanda ordinaria laboral contra **ALMACENES ÉXITO S.A.** sustentada como aparece a folios 3 a 8 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Que se declare que entre Almacenes Éxito S.A y el señor Yeisón Guarín Silva existe un contrato de trabajo a término indefinido el cual terminó sin justa causa y por decisión unilateral imputable al empleador, como quiera

que la presente demanda deviene de la inconformidad del mandante en la forma como se pretendió mediante citaciones a descargos justificar la existencia de la justa causa dar por terminado su contrato. Es decir, que existió contrato de trabajo, el cual terminó por culpa del empleador, por las razones de hecho y derecho contenidas en el documento demandatorio y las que se prueben una vez surtido el correspondiente trámite judicial.

- 2) Que como consecuencia de lo anterior Almacenes Éxito S.A., debe pagar al señor Yeison Guarín Silva por concepto de salarios, cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, correspondiente al tiempo laborado, la sanción moratoria contemplada en el art 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 29 de la ley 789 de 2002 por no haberse cancelado , a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidas al trabajador, que la condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago, en total laboró 08 años, 11 meses y 3 días al momento del despido injustificado, y a la fecha su relación contractual llevaría cerca de 11 años, por lo que demanda el pago de la suma que arroje la re liquidación efectuada por el juzgado laboral, la cual en todo caso se debe realizar teniendo en cuenta que la última asignación básica salarial era de Tres Millones Cuatrocientos sesenta y cinco mil doscientos pesos \$3'465.200 según soporte.
- 3) Que en atención a que en el caso de esta demanda, se dio por terminado el respectivo contrato del demandante de manera unilateral por parte del demandado Almacenes Éxito S.A. el juez de instancia evalúe para declarar las condenas correspondientes, las particulares circunstancias que rodean el asunto sub-examine para que en concordancia con lo sentado como jurisprudencia por las altas cortes nacionales e internacionales y reafirmado por la doctrina, sobre el contrato realidad, se de aplicación por analogía, para protegerlos de las presuntas vulneraciones que sobre mínimo vital y móvil, desplegó la accionada sobre los accionantes, dejándolos desprotegidos sin razones que en el sentir del mandante sean suficientes, razonadas ni justas y que al traste conllevan a que hoy por hoy se encuentre en una muy difícil situación económica.
- 4) Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la terminación del correspondiente contrato de trabajo del señor Yeison Guarín Silva, que es ilegítima y en consecuencia, se condene a la demandada al pago de todas las acreencias económicas por concepto de salarios y prestaciones sociales,

como si el contrato de trabajo jamás hubiese cesado en su ejecución hasta la resolución de la acción judicial.

- 5) Que se declare la subsistencia y continuación del correspondiente contrato de y en consecuencia se ordene el reintegro del accionante a su cargo o equivalente, previo el pago de las acreencias salariales y prestacionales generadas y re liquidadas en su favor.
- 6) Que en virtud de lo normado en el artículo 50 del CST, se condene al demandando, en aquellos rubros o por conceptos que no se hayan tenido en cuenta y que queden plenamente demostrados en el proceso.
- 7) Que el demandado pague las costas, gastos y agencias en derecho del proceso.

Subsanación de las pretensiones de la demanda

El juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá por medio de Auto del 13 de marzo de 2019 fl. 201, declaró probadas las excepciones por "indebida acumulación de pretensiones" por cuanto la parte demandante precisó: *"Se desiste todo lo relacionado a las pretensiones a que se reintegre al trabajador, y se modifican las pretensiones de la siguiente manera":*

1. Que se declare que entre Almacenes Éxito S.A. y Yeison Guarín Silva existió contrato a término indefinido que terminó sin justa causa y que terminó por decisión unilateral imputable al empleador
2. Que como consecuencia de lo anterior Almacenes Éxito S.A. debe pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de diecinueve millones seiscientos treinta y seis mil ciento treinta y tres pesos \$19'636.133.

Se presentó recurso de apelación por la parte demandada contra la providencia que aceptó la subsanación de las pretensiones del actor, por cuanto el Tribunal Superior de Bogotá en Acta Nro. 216 del 03 de julio de 2019 fl.208, Magistrado sustanciador Marceliano Chávez Ávila, confirmó el auto proferido del 13 de marzo de 2019 por el juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá.

La empresa demandada Almacenes Éxito S.A, contestó la demanda (fls. 96 a 161) con subsanación por falta de documentos (fls.163-164), de acuerdo al auto del 06 de noviembre de 2018. Se opuso a las pretensiones del(a) demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de abril 2021. **ABSOLVIÓ** a la empresa Almacenes Éxito S.A. de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor Yeison Gustavo Guarín Silva, conforme a las consideraciones dadas en la parte motiva de la sentencia. **DECLARÓ** probadas la excepciones cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, propuestas por la demandada. **CONDENÓ** en costas de esta instancia al demandante. Se señaló como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de éste y a favor de la parte demandada.

RECURSO DE APELACION

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

Sustenta el apoderado el recurso de alzada manifestando que, el análisis de la señora juez frente a lo factico y jurídico de la demanda se hace de forma equivocada, puesto que considera que la demandada si tiene responsabilidad pues es desorden de la compañía que el cargo del demandante era "negociador de industria" pero, que nunca ejercio dichas funciones, porque no tenía el manejo total de la información, con proveedores y demás grupos de interés de los productos y subproductos, que la discrepancia radica que el demandante no tenía dominio sobre sus funciones, pero manifiesta que, no se puede tener dominio sobre lo que no se le ha encargado dentro de una empresa con una estructura organizacional tan compleja, como la rama judicial, que tiene diferentes áreas en servicios.

Manifiesta que la juez tiene en cuenta la declaración del demandante cuando él mismo reconoce sus faltas, pero que el trabajador era una persona inexperta en el cargo, que es como si a un juez municipal lo pusieran de un momento a otro como magistrado en la corte suprema de justicia, que las falencias del trabajador y resaltadas por la señora Juez por la prueba de un correo de la regional Medellín frente a las 16 facturas faltantes refuerzan su tesis, pues obedecen a una compleja estructura organizacional fragmentada que no tuvo en cuenta las capacidades del trabajador para ese puesto.

Sustenta el apelante que, frente a las 16 facturas faltantes, debieron estar filtradas por procesos y subprocesos de la empresa, no todos dominio del demandante, que se le terminó su contrato de forma injustificada por una serie de falencias que no todas estaban en su dominio, pues no existía una versión formal sobre el complejo objeto social que maneja la demandada.

Aunado a lo anterior, el apoderado sustenta que frente a los segundos descargos para los que fue citado el demandante, frente a la "falta de inventario, doble facturación, u omisión de facturación," dice que esas omisiones deben estar en cabeza de la demandada no del trabajador, que no se puede pensar que el eslabón más débil de toda esa cadena tenga el problema.

Considera el apoderado que frente a los señalamientos su cliente no era una persona idónea o capacitada, precisamente sustenta que eso es lo que se debió ver antes de contratarlo en ese cargo, toda vez que era una persona que no tenía ni el conocimiento ni la experticia para ese rol, ni tampoco la preparación académica, por cuanto no debe reprochársele al trabajador.

Manifiesta el apoderado que solo hasta el 2015 fue que se le encontró todos los errores al trabajador, y se pregunta por qué desde el 2006 al 2014 no le fueron atribuidos otros errores, para luego ser señalado el trabajador por falta de control y falta de debido manejo de la compañía, sustenta que, no es el único que ha instaurado acciones legales contra este emporio para protegerse de esos abusos.

Manifiesta que, el señor Yeison Guarín Silva fue objeto de abuso de la posición de su empleador, que nada justifica que un trabajador que fue bueno después de 10 años sea perseguido, que las "embarradas" como lo pronunció su cliente, cometidas en ejercicio de su cargo fueron por la falta de control interno, de estructuración, y falta de seguimiento, pues el trabajador se le pagaba por un cargo que no ostentaba, que se le asignan unas funciones que él no manejaba y que tomaban otras personas, que en el último mes de la anualidad 2014 y en el segundo mes de la anualidad 2015 se le proyectan dos pliegos de cargos que son analizados de forma desactualizada, porque el señor Guarín si dio explicaciones de sus falencias, es por ello que el apoderado no comparte el sustento de la señora juez.

Solicita se revoque el fallo y se acojan las pretensiones de la demanda, para que se concluya que no había lugar para despedir a un empleado brillante, honesto y destacado con la compañía, que la empresa sacrificó la cabeza débil para

sustraerse a la obligación lógica de mantenerle una estabilidad laboral al trabajador que se entregó laboralmente por tantos años a la compañía.

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:

El problema jurídico se centra en determinar: Si el contrato de trabajo suscrito entre la partes fue terminado de forma unilateral y sin justa causa, y si como consecuencia de ello, le asiste derecho a la parte actora el derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa establecido en el Art. 64 CST.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el demandante laboró al servicio de la empresa demandada como Operario Calificado Proceso Industria con acuerdo de sustitución patronal para dar continuación del contrato de trabajo que tenía con Carulla Vivero S.A. desde el 17 de marzo de 2006 , en ejecución de un contrato de trabajo a término indefinido, que posteriormente estuvo desempeñando como último cargo el de "Negociador Industria de Alimentos" desde el 01 de julio de 2013, devengando desde el 01/09/2013: \$2'078.200, el 01/11/2013 \$2'645.500 y para el 01/01/2014 \$3'212.600, visible de folio 114 a 119.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

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

En ese orden, a folio 128 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa que data del 20 de febrero de 2015 suscrita por Almacenes Éxito S.A., en la que le atribuye al demandante haber cometido varias faltas graves en el desarrollo de sus funciones, quedando acreditado de esta manera el despido del actor.

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

Así las cosas, al analizar los hechos consignados en la carta de terminación de la relación laboral, indica que según el informe de auditoría interna realizada durante los meses de noviembre de 2014 a enero de 2015, correspondientes al periodo de enero a octubre de 2014, y que ocasionaron entre otros, inconsistencias en la calidad del dato de los inventarios de la industria y riesgo reputacional con los proveedores, motivaron el citarlo a descargos.

Indicó la referenciada, que recibió y analizó los descargos del actor, y que no se encuentra justificables, además de presentar evasivas a ciertas preguntas, que el mismo trabajador reconoció a faltas por él incumplidas, pues mencionó que se cometió un error en la facturación de los subproductos pues no alcanzó a facturarlos en su totalidad, y que antes que se acabara el mes de abril se le informó al jefe directo, pero que no alcanzaba todo lo que tenía pendiente por el exceso de trabajo, que tomó la decisión de decirle a un compañero que le ayudara con la relación de subproductos, y que por ello hubo datos que no cuadraron al final por la premura del tiempo, o por el cierre en el área de facturación, y que por errores de comunicación entre ellos hubo facturación doble del mismo producto también, quedando pendiente facturación para algunos clientes, y doble facturación para otros, que esta situación se revisó y se facturó a los clientes correspondientes y lo que quedó pendiente se facturó también, pero que en el enredo del cierre se perdió trazabilidad de cuatro a cinco lotes de cuarenta y cuatro que entraron en ese mes.

En ese orden, la sociedad demandada le manifestó al actor que, teniendo en cuenta los hechos narrados con anterioridad, el ex trabajador incumplió de forma reiterada las obligaciones y prohibiciones relativas a su cargo de contratación, y sus omisiones en el control a los procedimientos encomendados tal y como se indicó

en la citación a descargos, omisiones que llevaron a la empresa a incurrir en errores graves en la calidad del dato de los inventarios de la compañía, y que hacen que eventualmente la empresa pueda verse afectada además con riesgos económicos con aquellos de impacto negativo en lo reputacional frente a proveedores y consumidores en general.

Por lo anterior se consideró suficiente, y por ende insostenible la relación laboral con el trabajador, pues al incurrir en la omisión de los controles de inventario de subproductos generados en el frigorífico, con el registro de entradas no reales, y al facturar productos no tenían existencia sistema SAP, la generación de compras extemporáneas entre 5 a 8 días posterior a recibir y facturar los pedidos, facturación extemporánea donde el frigorífico alerta sobre las inconsistencias presentadas como dobles facturaciones, dejando en evidencia la falta de control, pérdida de trazabilidad, falta de verificación de kilos de ganado en pie, y otros subproductos reportados como entregados por el proveedor y el frigorífico... con el respectivo riesgo reputacional y de imagen que ello implica.

Por lo tanto, Almacenes Éxito S.A. decidió dar por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral y por justa causa, con relación al literal a) del art 7° del Decreto Legislativo 2351 de 1965 que corresponde a la justa causa para dar por terminado el contrato por parte del patrono, así como el reglamento interno del trabajo, y demás disposiciones legales, haciendo parte integral el informe de auditoría, sustentado lo anterior constituyéndose en una justa causa para la terminación del contrato individual del trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y del contrato de trabajo, así como las cláusulas del reglamento interno del trabajo, se tiene en relación a las funciones desempeñadas por el demandante, se desprende que en aplicación del artículo 71 son obligaciones especiales del trabajador el art 71 a folio 154 la presuntiva a la vez del art. 62 del CST es decir:

El Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

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

(...) 13. *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada*".

Este último numeral se refiere a todas aquellas conductas que continuamente realice el trabajador de forma inepta o torpe, lo que implica un incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo indicado en el contrato de trabajo o según las políticas de la compañía, quienes precisan que estas labores sean efectuadas de manera positiva o eficaz.

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

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

Sea del caso mencionar que el parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la parte demandada señor Néstor Yesid Ibáñez Pérez

Manifestó que la compañía optó por terminar el contrato de trabajo por omisiones en las órdenes de compra a pesar de que con anterioridad ya se le había hecho llamado de atención al trabajador, que las funciones que el demandante tenía, era que cuando se adquirían los lotes de ganado en pie, su función era expedir la orden de compra, explicando que, una vez el ganado llega directamente a los frigoríficos, allí se sacrifican y se saca tanto el producto como el subproducto, que es lo que le sobra como las vísceras y demás, de tal manera que una de las funciones del trabajador no solo era las órdenes de compra sino recibir del frigorífico los datos del subproducto o lo sobrante, para que el trabajador lo ingresará en el sistema.

Manifiesta que luego de relacionarlo en las bases de datos, posteriormente su labor consistía en venderlo a los compradores o proveedores expidiendo las respectivas facturas de venta de los lotes comprados ya fuese de pieles y otros subproductos,

pero que lo que pasaba era que el señor Yeison esperaba hasta 6 meses y no les hacía las facturas y se iban acumulando las facturas de tal manera que luego ya no sabía qué tenía que facturar.

Sustenta que en el año 2014 se le hizo el llamado de atención frente a esos inventarios y se le pidió corregir esa conducta de lo contrario la próxima medida era más drástica por parte de la empresa, y que en un informe de auditoría se reveló las tantas inconsistencias con los inventarios, ya que no se daban las facturas en el tiempo que correspondía, que era tal la irregularidad que a veces no se facturaba a unos clientes, pero que a otros clientes se les facturaba doble vez un mismo producto, inconsistencias que desencadenaron en la necesidad de terminarle el contrato de trabajo.

Manifiesta que en la empresa cada almacén tiene su tesorería, pero que Medellín controla todas las sucursales del país, que frente al caso del trabajador en particular, la tesorería obtenía los datos que se relacionaban, que no eran reales, entonces que el trabajador manipulaba los datos del inventario y habían tantos errores y descuadres que generaba cuantiosas pérdidas económicas para la compañía.

También manifestó que se contaban con facturas que no ingresaban porque el trabajador no enviaba las cuentas de cobro con las respectivas facturas, que los subproductos se entregaban a los proveedores sin el pago a la empresa, y que luego de 4 o 5 meses les cobraba, generando desorden en la contabilidad, o a veces los proveedores cerraban cuentas y decían que ya no pagaban esas cuentas antiguas de 100 o 200 millones de pesos porque había pasado ya mucho tiempo.

Frente al informe de auditoría de la compañía manifiesta que "...se evidenció aún más todas esas conductas irregulares que terminaron generando muchas pérdidas, en especial por la facturación a destiempo..."

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

Al respecto, es necesario traer a colación lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL 10 mar. De 2003 que se reiteró el 28 de agosto de 2012 con radicación No 38855, y en fallos CSJ SL670-

2018, CSJ SL 187-2018 y recientemente en la Sentencia **SL2309-2020 con Radicación n° 81231:**

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

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

Lo anterior, para señalar que ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de la compañía, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, conforme se puede extraer del capítulo XV y XVI, artículos 71 a 74 del reglamento interno de trabajo de la compañía visible a folios 154 a 157 del expediente físico.

Establecido que fue la demandada quien terminó en forma unilateral el vínculo laboral con el demandante y cuál fue la razón que esgrimió para ese fin, conforme la carta de terminación visible a folios visible a folios 120 a 128 del expediente físico, corresponde el establecer si ésta existió y constituye una causa justa imputable a la parte actora.

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa, es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

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

Frente a las pruebas allegadas al plenario, reposa acta de diligencia de descargos del día 11 de noviembre de 2014 el actor fue citado a diligencia de descargos por errores en la facturación, en el que el trabajador admitió que... "el error que se cometió en este nuevo proceso (porque nunca lo habíamos hecho así) fue que la orden de compra sí se omitió frente a esas facturas... y a la vez reconoce que..." La omisión en este caso particular es que no se vio el correo con las facturas y no se generaron las órdenes de compra a tiempo, pero que sobre ese tema ya se tomaron las acciones correspondientes para ajustar..." (fls. 120 a 122), teniendo como resultado el llamado de atención del 12 de noviembre del mismo año, con respecto a esa situación de facturación presentada el 31 de octubre, donde informa la empresa que: " Después de revisar y analizar los descargos presentados, no se encuentra una explicación justificable, y que es una falta grave omitir datos de facturación y financieros de la compañía, y que adicional a ello es deber del trabajador en esas funciones de garantizar la oportunidad en las órdenes de compra de la facturación, por lo cual se configura en una violación a los deberes y obligaciones de su cargo, según lo dispuestos en el reglamento interno del trabajo" en este mismo la compañía le informó al trabajador que "de volverse a repetir ésta o cualquier otra falta disciplinaria grave las medida serían drásticas, con firma de las partes, visible a folio 23.

Así mismo, reposa acta de diligencia de descargos del día 25 de febrero de 2015 el actor fue citado a diligencia de descargos por la falta de control de inventarios y de la facturación de subproductos generados en el frigorífico, en el que el trabajador admitió que..." es planeador de producción, que desde abril tuvo la responsabilidad los pesos reportados en el recibo de productos relacionados con carne, pero que lo han cambiado de rol y las cargas laborales son tal, que se cometió el error en abril en la facturación de subproductos, pues no alcanzó a facturarlos todos, por lo que le dijo a un compañero que le ayudara, y que luego se corrigió, pero que por el enredo del cierre del mes de abril, se perdió la trazabilidad de cuatro a cinco lotes de cuarenta y cuatro lotes de ese mes..." sin embargo afirma que ...los lotes se facturaron, pero cuando se equivocan en el área de facturación, por facturar doble vez, se le perdió el inventario, y que al final se perdió con los números de los lotes, pero que frente a las facturas, la auditoría encontró una facturas que no tenían lote, que él lo tenía controlado pero se mandó a facturar y fue en facturación donde se equivocan descuadrándolo a él en los inventarios...teniendo como resultado la notificación de la terminación del contrato de trabajo el día 20 de febrero de 2015 fl 128.

Así pues, la justa causa invocada por la demandada debe analizarse a la luz de las previsiones del artículo 62 del C.S.T para determinar si efectivamente comporta una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. En ese sentido, al revisar el numeral sexto del art 62 del código sustantivo de trabajo, se establece en el que son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, entre otras, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículo 58 y 60 del CST, o cualquier falta calificada como tal en pactos convenciones, o fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos de trabajo.

En relación con este aspecto, conviene precisar que dentro de las obligaciones especiales del trabajador particular, el art. 58 consagra la primera, que es la de realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar las órdenes instrucciones que de modo particular le impongan su empleador o representante según el orden jerárquico establecido, siendo pertinente señalar que dentro de este contexto el hecho de no realizar por él mismo el control de las funciones que le fueron atribuidas, pedir ayuda a compañeros para el control del inventario y posteriormente que se presenten estas diferencias tanto en la facturación como en los inventarios, comporta un incumplimiento grave de las obligaciones legales que incumben al trabajador, pues es apenas natural que para efectos de que el trabajador obtenga su retribución, preste el servicio prometido y no sea omisivo de cumplir a cabalidad todas y cada una de las tareas que le permiten generar resultados positivos a la compañía, y realizar tareas básicas y no omisivas como estar pendiente también de la información que reposa en su correo para llevar un control de las tareas asignadas en inventarios y facturación.

En los anteriores términos, de conformidad con el artículo 73 del reglamento interno del trabajo numeral 23, establece dentro de las prohibiciones del trabajador, Demorar la presentación de las cuentas y los respectivos reembolsos de las sumas que haya recibido para gastos o ingresos de la empresa, resaltando que el mismo demandante admitió que si tuvo errores de control y trazabilidad de inventarios los días mencionados en las actas de diligencias de descargos, por argumentos que no pudieron ser comprobados, ni autorizados por el empleador, precisando en ese mismo sentido que ni siquiera pudo acreditar por qué no encontraba facturas con los registros de 4 a 5 lotes pero que auditoría si lo encontró, menos aún quedo acreditado que algún superior le haya tramitado autorización alguna para relevarlo

en el desarrollo de sus funciones al interior del establecimiento para dedicarse a una actividad diferente a la cual fue contratado, y en ese sentido, evidentemente, se concluye que su comportamiento configura una violación grave a las obligaciones especiales que le incumben al trabajador, configurándose a su vez una justa causa que generaba como consecuencia dar como terminado el contrato de trabajo por parte del empleador.

Por otro lado, en relación al argumento expuesto por el recurrente, relativo a la falta de capacidad o de experticia del trabajador para el desarrollo de unas funciones para las cuales no tenía preparación académica ni de experiencia profesional, es claro que el trabajador contó con experiencia laboral en actividades similares desde el 17 de marzo de 2006 en Carulla vivero, folios 114-116 que posteriormente continuó por sustitución patronal con Almacenes Éxito a partir del 01 de julio de 2010 folio 117 y que por lo mismo, se le comunicó en la carta del 01 de julio de 2013 visible a folio 119 del expediente físico, que por las calidades propias como trabajador e idoneidad deciden nombrarlo Negociador industria a partir de la fecha, por cuanto se resalta que no se trata de un trabajador nuevo o con desconocimiento del funcionamiento interno en la compañía y que este último no presentó inconformidad alguna al respecto.

Frente al abuso de la compañía para con el trabajador como lo ha dicho el apelante, no es posible sustraer del material probatorio allegado al plenario, en primer lugar se encuentra que la compañía surtió oportunamente la notificación de los llamados de atención y las diligencias de descargos al trabajador folios 120 a 128, en las cuales el trabajador en dos ocasiones tuvo la oportunidad de defenderse por las faltas graves que acaecieron en la ejecución del vínculo laboral, según lo contemplado en el reglamento interno del trabajo y las disposiciones legales anteriormente expuestas.

Por último en la demostración de tales yerros del trabajador expuestos en la auditoría interna de la empresa visible a fl. 161, que fueron realizadas durante los meses de noviembre de 2014 a enero de 2015, correspondientes a faltantes en el periodo de enero a octubre de 2014 y en las que, el trabajador reconoció que presentó yerros en los inventarios realizados y que su falta de cuidado con las tareas asignadas tales como revisar su correo electrónico o buscar a otros compañeros para ayudar a realizar su labor, así como frente a las 16 facturas faltantes, evidentemente lo llevaron a tener diferencias importantes tanto en el inventario de lotes de los productos y subproductos, como frente a la facturación y trazabilidad,

configurando estas conductas en las justas causas para dar por finalizada la relación laboral por parte del empleador.

Finalmente, la Sala despacha desfavorablemente la inconformidad presentada por la parte demandante y en su lugar se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado 28º 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. 11001310502820170058002)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502820170058002)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502820170058002)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2018-00200-01

Bogotá D.C., septiembre Veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: HECTOR LIZARAZO PINILLA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA, Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 132)

La parte demandada Porvenir (fls.123-127) y Colpensiones (fls.129-132) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Hector Lizarazo Pinilla instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 24, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la vinculación a la AFP Porvenir S.A. del señor Hector Lizarazo Pinilla, toda vez que en la misma medió vicio del consentimiento, al no habersele puesto de manifiesto, por parte del fondo, sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS.
2. Se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad del demandante a Colpensiones, por todo el tiempo de cotización al sistema general de pensiones.
3. Se condene a AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y bono pensional si hay lugar a ello.
4. Se condene a Colpensiones a aceptar la declaratoria de nulidad de la afiliación y reciba de la AFP Porvenir S.A. el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y bono pensional si hay lugar a ello.
5. Se condene en lo que ultra y extra petita resulte probado.
6. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 40-51), y AFP Porvenir SA (fl 64-71) de acuerdo al auto del 26 de abril de 2018. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por el señor Hector Lizarazo

Pinilla, del RPM al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a través de la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., el día 28 de octubre de 1998, con fecha de efectividad del 1° de diciembre del mismo año, y consecuentemente, que la cosas deben retrotraerse al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor Hector Lizarazo Pinilla, por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a este fondo en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima. **ORDENÓ** al fondo de pensiones Porvenir que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana DE Pensiones – Colpensiones – de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Hector Lizarazo Pinilla, y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa. **ORDENÓ** a Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Héctor Lizarazo Pinilla, al RPM sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. **ABSOLVIÓ** de lo demás. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandantes. **ORDENÓ** en caso no ser apelada la decisión remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta. **CONDENÓ** en costas a la demandada Porvenir y se fijan como agencias en derecho la suma de tres (3) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Dice que se censura que no hubo una suficiente, completa, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones que tenía el traslado, y que se está desconociendo en el fallo que el deber de información de las administradoras ha tenido varias etapas; una primera etapa, el Decreto 663 de 1993; una segunda etapa, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010; y una tercera etapa, la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015.

Manifiesta que en consecuencia, el análisis de la información suministrada por la F.P. y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Expresa que no es razonable, ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, alega que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, pide tener en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Continúa sugiriendo que juzgar la conducta de los fondos con bases en normas inexistentes, no tienen justificación jurídica alguna y viola gravemente del debido proceso de las administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación.

Dice también que se evidencia en el fallo que al demandante se le dio una información verbal, la cual era suficiente, completa y comprensible para que el demandante pudiera tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Pone de manifiesto que el demandante suscribió el formulario de afiliación que obra en el expediente de manera libre, voluntaria y sin presiones, el cual fue también manifestado y ratificado en la demanda y en el interrogatorio de parte recepcionado.

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

Expone a consideración del tribunal que, si bien, existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción citada por el A-QUO no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto. Expresa que para el caso no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, cuando, según manifiesta, no le era obligatorio a Porvenir brindar la misma al demandante.

Pide tener en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia financiera, en la cual como única exigencia establecida a efectos que se entendiera, no solo materializado, sino válido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento de correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular. Expresa que fue tal como ocurrió en el asunto que tratan, y que Porvenir cumplió la totalidad de la obligación a su cargo y la permanencia del actor en el

régimen de ahorro individual, administrado por Porvenir, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, que se ha ratificado con el tiempo.

Aduce que no es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por falta de consentimiento o por vicios del mismo, porque según dice, Porvenir brindó al demandante una asesoría oportuna, en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del R.A.I.S., y sobre las condiciones pensionales, tal como se parecía en el formulario suscrito por el demandante.

Manifiesta que en el caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento de consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que el demandante realizó aportes individuales de manera personal y voluntaria, lo cual, sin lugar a dudas, en caso de haber existido algún tipo de vicio del consentimiento. Dice que el mismo demandante lo ratificó con su decisión de trasladarse de régimen y permanecer con él en su propio actuar con el paso del tiempo.

Alega que no se puede deducir que Porvenir hubiese faltado al deber de información obligándolo a aportar documentos que, para la fecha del traslado, no le eran obligatorios, como son simulaciones, parametrizaciones, demás documentales que aduce el demandante, como lo expone la Ley 1328 de 2009 en su artículo 3, literal C, artículo 9; en el que establece el deber de información se tiene que la A.F.P. con el usuario, al momento del traslado, la obligación que dice, se cumplió a cabalidad en dicho momento.

Pone en consideración la Ley 1748 de 2014 en el que se establece la obligación de hacer una proyección total, apela que se tiene que indicar que esta fue realizada o solicitado a partir del 26 de Diciembre de 2014 y que esto es razón suficiente para establecer que al momento del traslado no era obligatorio entregar documentos y bastaba con la asesoría verbal, por lo cual expresa no es dable dar por sentado la falta de información al momento del traslado.

Solicita se tenga en cuenta que en el interrogatorio de parte, el demandante, también fue negligente y pide que no se siga desconociendo este actuar de los demandantes de la negligencia que tienen al momento de la asesoría, de no realizar ningún tipo de preguntas, de dar por enterado todo lo que se indica es cierto o que por otro lado no soliciten información adicional, sino ya cuando le faltan uno o dos años para la pensión, y adicional a eso, que ni siquiera tengan la mínima diligencia de leer el formulario que están suscribiendo.

Gastos de administración

Formula que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, señala lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. También el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de

invalidez y de pensión de sobrevivencia. Dice que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción. Dice además, que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera De Colombia en el concepto del 17 de Enero de 2020 indicó en forma expresa que con los eventos de proceder la ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, toda vez que Porvenir realizó excelentes gestiones administrativas, duplicando incluso los aportes que realizó el demandante en dicho fondo.

Pide poner atención al hecho que al ordenar el traslado de estos valores a Colpensiones, se configuren en enriquecimiento sin justa causa a favor del demandado, en la medida que no existe norma que disponga la devolución, puesto de forma clara y sin lugar a interpretaciones el artículo 113, literal B de la Ley 100, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuándo existe un cambio de régimen. Reitera nuevamente que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta del afiliado.

Pide que se declare la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración y las primas de seguros a cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden los valores pertenecer a los afiliados en ninguno de los dos regímenes, en cuanto ellos no financian la prestación de vejez, no pueden predicarse de su imprescriptibilidad, característica que goza el derecho pensional.

Pone en consideración lo expresado por el demandante respecto al motivo de su demanda que es, básicamente, porque no está de acuerdo con el valor de la mesada pensional, y sugiere que, si la mesada pensional fuere superior a la otorgada en el régimen de prima media no estarían en dicha controversia y no se habría que decidir sobre una ineficacia del traslado. Dice entonces que no es posible que por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, el demandante pretenda que se deje sin efecto las decisiones tomadas por él cuando se trasladó de régimen.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el(la) señor(a) **Hector Lizarazo Pinilla** el día 28 de octubre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que

la AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado 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 hoy AFP Porvenir SA el 28 de octubre de 1998, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año (fl.79).

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

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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 el 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 Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A aportó: copia certificado de afiliación a Porvenir, copia formulario de afiliación del demandante, relación de aportes, Certificado asofondos SIAFP, actualización de historia laboral a 1994, edicto emplazatorio diario El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de octubre 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 28 de octubre de 1998, el(la) demandante tenía 865 semanas (fl 6) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 15 de marzo de 1957 – fl.3), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.846 semanas - fl 6), se habría podido pensionar en el año 2019 en el régimen de prima media, con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-

2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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(la) señor(a) **Hector Lizarazo Pinilla** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 28 de octubre de 1998.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA, y Colpensiones 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 24 de mayo de 2021 por el juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA, y Colpensiones) 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. 11001310503020180020001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503020180020001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503020180020001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2018-00540-01

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

DEMANDANTE: PILAR LILIANA OLIVEROS MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Northey Alejandra Huérfano Huérfano con tarjeta profesional No. 287.274 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl213)

La parte demandada Porvenir (fls.201-205) y Colpensiones (fls.211), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Pilar Liliana Oliveros Moreno instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 29, con subsanación de demanda a folios 54, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad e ineficacia del traslado realizado por Pilar Liliana Oliveros Moreno del RPM al RAIS a través de la vinculación efectuada el día 3 de marzo de 1999 a través de AFP Porvenir S.A., por haberse efectuado bajo engaño, a través de una mala, desacertada, irresponsable, desatinada, y equivocada asesoría en el traslado de los regímenes pensionales, por el incumplimiento en el deber legal de información al afiliado de una forma clara y verídica.
2. Se ordene a AFP Porvenir S.A. a devolver todos los aportes y/o valores que hubiere recibido en la cuenta de Pilar Liliana Oliveros Moreno para la seguridad social en pensión, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, entre otros, a Colpensiones con sus respectivos rendimientos.
3. Se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes a la seguridad social en pensiones que a la fecha se encuentran en la AFP Porvenir S.A., así como a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y que ese encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante.
4. Se condene patrimonialmente a AFP Porvenir S.A. por la responsabilidad en los perjuicios que le fueron causados a la demandante.
5. Se condene ultra y extra petita.
6. Se condene a la demandada al pago de costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.61-76) y AFP Porvenir SA (fls.99-108), de acuerdo al auto del 26 de marzo de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por Pilar Liliana Oliveros Moreno del RPM al RAIS. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración. **ORDENÓ** a Colpensiones recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones elevadas por la parte demandante. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho, a la AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000. **ORDENÓ** remitir copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que hay una indebida valoración probatoria por parte del A quo, toda vez que, según dice, se ve acreditado a través del interrogatorio de parte que existe confesión por parte de la demandante, en el sentido de que el Fondo Porvenir brindó la información antes de realizar la afiliación, por lo cual, fue una información oportuna, que firmó el formulario de traslado, que conocía que era un formulario de traslado, y expresa que por lo tanto, su traslado fue voluntario, libre, también fue confesado y alega que no se puede apartar de que esa confesión es un medio de prueba.

Acepta que no existe un documento que demuestre que efectivamente se brindó la asesoría de manera escrita, sin embargo alude a la confesión del demandante donde según dice, se acredita esa información suministrada por el fondo y por tanto, se tenía que dar el valor probatorio a la confesión realizada por la demandante.

Dice también que, a través de los testimonios aportados por la parte demandante, se acredita lo contrario a las pretensiones de la demanda, expresa que la señora Pilar, Patricia como el señor Jaime manifestaron que en varias oportunidades los asesores de Colpensiones se acercaban a brindar información antes de firmar el

formulario, lo que indica que primero evacuaban las preguntas y después si la señora no quería, podía no firmar el formulario. Esto según dice, permite evidenciar que si lo hizo de manera voluntaria y que desde 1999 se deja constancia de ello hasta el año 2021, pues no solicitó nunca el traslado de Régimen acreditando que efectivamente su voluntad era permanecer en el Fondo Porvenir.

Dice que tampoco se le dio el valor probatorio al formulario y lo toman como un formulario simple, pero alega que este es ese acto jurídico que deja pactada esa celebración de contrato de adhesión y que tiene unos efectos jurídicos, y de acuerdo a las normas civiles, dice que se tiene que determinar que creó unos efectos y unas obligaciones para cada una de las partes obligadas, lo cual dice que tampoco se les está dando mayor valor probatorio dentro del proceso.

Exhibe que la demandante dijo que se le había dado asesoría individual, que efectivamente si se le brindó esa información por la AFP Porvenir y que la misma puede parcializar la información con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso, lo cual según manifiesta, lo hizo dentro del interrogatorio de parte.

Expresa que las aseveraciones de la parte únicamente pueden ser valoradas cuando constituyan una confesión, aquello que le produzca unas consecuencias jurídicas adversas o favorezca a su contraparte para poderlo tomar como prueba. Dice que la demandante solamente pudo acreditar la buena fe del fondo que le prestó asesoría y que el acto de traslado fue libre y voluntario.

Enuncia que sobre ventajas y desventajas de cada uno de los Regímenes, no existe posibilidad de darle algún tipo de información de cuál es la ventaja y desventaja de cada uno de ellos. Dice que determinar que existen ventajas en uno y otro, determina que mal obró el legislador a la hora de regular cada uno de esos regímenes quebrantando el principio de igualdad de los afiliados. Expresa que las ventajas y desventajas simplemente dependen de los aportes realizados.

Habla sobre la prohibición legal, aduce que existe una prohibición legal descrita en el artículo 02 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que, por lo tanto, no es procedente realizar el traslado de Régimen faltando menos de 10 años para cumplir con los requisitos de reconocimiento pensional.

También se expresa sobre acreditar los vicios del consentimiento, dice que no se puede hablar de una nulidad porque no cumple con el termino establecido por la norma para poder hacer efectivo su derecho, pues expresa que el mecanismo contemplado en las normas es de 4 años a partir de la ocurrencia de ese hecho que

lo llevó a error, fuerza o dolo como lo establece el artículo 1740 del CC. Dice que la demandante no presentó ninguna prueba que acredite cada uno de esos hechos de sus pretensiones.

Habla de la carga de la prueba, manifiesta que la carga es dinámica y que en el caso se le tiene que atribuir al Fondo, pero que el A quo no tuvo en cuenta, que depende del caso concreto y en esa oportunidad, si es cierto que tenía que acreditar que se le brindó información porque es una manifestación indefinida por parte del Fondo, pero dice que lo cierto es que la señora demandante manifestó que la asesoría fue brindada de manera oral y quien más que ella puede acreditar dentro de la litis, que se le brindó.

Dice que se debe aplicar el artículo 167 del código General, pone de presente que los hechos ocurrieron en 1999 y ha ocurrido un término suficiente y que es imposible que el Fondo pueda acreditar haber brindado esa información. Dice que sin embargo las testimoniales e incluso los interrogatorios de parte a pesar de no existir esa obligación legal de brindar información para la época, es muy importante entender ese carácter normativo y esas obligaciones en la línea del tiempo. Dice que lo cierto es que Porvenir cumplió con dicha información antes de hacer el traslado.

Habla sobre la descapitalización del Sistema, aduce que es muy importante porque el interés general prima sobre el interés particular y hacer una declaración de ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro los derechos fundamentales de la Seguridad Social de todos los afiliados. Dice que se vio acreditado que la demandante durante todo ese tiempo hizo sus aportes al Fondo General saneando cualquier tipo de vicios, si en llegado caso existían, en el consentimiento.

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

Dice que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales del acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, dice que no se acreditó que para el momento de la afiliación, el afiliado fuera incapaz absoluto, lo que entra sin lugar a vacilación, que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de Régimen Pensional necesariamente se trataría de las catalogadas por ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

Resalta que no se valoró que la parte demandante no tenía derechos consolidados para el momento de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Destaca que para la fecha en que la parte demandante se afilió voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir S.A, le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen.

Expresa que los derechos prestacionales a cargo del sistema de Seguridad Social en pensiones, no se configuran con la simple afiliación, sino se constituyen mediante actos continuos y sucesivos de pagos de aportes, que a lo largo del tiempo dan lugar y derecho a las prestaciones en el Sistema.

Manifiesta que declarar la nulidad o ineficacia del traslado pensional a partir de interpretaciones y alcances diferentes a lo que indica la norma, no solo constituye una gran desfinanciamiento del Sistema Pensional subsidiado por el Estado, sino que además, "hacerlo de forma masiva y sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un Sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto, el legislador garantizó la libertad de elección de Régimen Pensional en cabeza del afiliado de traslado con las consecuencias jurídicas que ello conlleva." refiere lo indicado por el honorable Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Jorge Luis Quiroz Alemán, en sentencia de tutela radicado 5912 del 13 de mayo del 2020.

Presenta inconformidad con respecto a generar a la devolución con referente al porcentaje de gastos de administración, dice que esto es algo claramente que desconoce una característica que es propia y fue establecida legalmente por la ley al Régimen de Ahorro Individual y esos cobros por administración, con respecto a la prima de seguros que se cubrió durante todo este tiempo a la parte demandante con respecto a contingencias de invalidez y muerte y frente al administrado del Fondo de Solidaridad, que fue establecido por la misma ley 100 de 1993 y expresa que el efecto de la ineficacia conllevaría a que el acto jurídico no hubiera existido y no podría conllevar a una devolución de los rendimientos financieros

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Pilar Liliana**

Oliveros Moreno el día 3 de marzo 1999; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 3 de marzo de 1999 (fl.110) con efectividad a partir del 1° de mayo de 1999 (fl.111)

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

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima,

llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado afiliado expedido por Porvenir, Formulario de afiliación, historial asofondos SIAFP, copia relación de aportes, historia laboral bono pensional, historia laboral consolidada, edicto emplazatorio El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de marzo 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 3 de marzo de 1999, la demandante tenía 620 semanas (fl.119) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 31 de mayo de 1963 – fl 28) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el 2020 en el RPM. (actualmente ha cotizado más de 1661 semanas fl.119), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*; despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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 señora **Pilar Liliana Oliveros Moreno** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 3 de marzo de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo 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 8 de marzo de 2021 por el juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones 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. 11001310503420180054001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503420180054001)

Aclaro Voto!


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503420180054001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2020-00192-01

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

DEMANDANTE: BEATRIZ ROSALBA DEL NIÑO JESUS DURAN MEJIA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCION S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PROTECCION S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Leidy Carolina Fuentes Suarez con tarjeta profesional No.246554 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.5)

La parte demandante (fl.11), la parte demandada Colpensiones (fls.7) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 6 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece en archivo digital 1.Proceso Digital 2020-00192-00.pdf, con subsanación de demanda en archivo digital 4.Subsanacion 2020-00192 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Durán Mejía, en octubre de 1996 con la que se realizó el traslado de la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, hacia la AFP Protección S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad al que pertenece dicha administradora, ignorando por completo el grave perjuicio que causaba.
Se declare la nulidad de la afiliación efectuada a la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Durán Mejía, del año 1998 con la que se realizó el traslado de la administradora colombiana de pensiones- Colpensiones hacia la AFP Protección s.a., por existir engaño y asalto a su buena fe para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad, al que pertenece dicha administradora, ignorando por completo el grave perjuicio que causaba.
2. Se declare que la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Durán Mejía, siempre ha estado válidamente afiliada en administradora colombiana de pensiones – Colpensiones EICE.
Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se profieran las
3. Se condene a la AFP Protección S.A., a trasladar todos y cada uno de los aportes en pensiones realizados por la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Durán Mejía, así como cotizaciones, bonos de pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, como

lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado.

4. Se condene a la administradora colombiana de pensiones- Colpensiones EICE a aceptar el traslado en pensiones y a validar los aportes girados en pensiones trasladados por la afp protección s.a., y a incorporarlos a la historia laboral de la aseguradora.
5. Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.
6. Se condene en favor de la demandante, otros derechos diferentes a los pretendidos en esta demanda, siempre y cuando los halle demostrados su señoría en virtud de las facultades extra y ultra petita que le concede la ley.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (archivo digital 10.memorial contestación Colpensiones) y AFP Protección SA (archivo digital 11.memorial contestación Protección), de acuerdo al auto del 30 de septiembre de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Duran Mejía, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Protección S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. **CONDENÓ** a las AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado a cada una de los fondos privados, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse a la señora Beatriz Rosalba Del Niño Jesús Duran Mejía al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías AFP Protección S.A. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Protección S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000 C/U, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones.

ORDENÓ remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Interpone el recurso de apelación, de manera parcial, únicamente en la orden de trasladar a Colpensiones los conceptos descontados por gastos de administración, estos son tanto la comisión de administración, como lo descontado por primas de seguros previsionales.

En primera medida, expresa que, es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en su artículo 7, y el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa que se realiza frente a cualquier entidad financiera.

En segundo lugar menciona que ese descuento se realizó en su momento como contraprestación a una buena gestión de administración del recuso de la demandante, el cual se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro de individual; de lo cual da fe el certificado de la cuenta de ahorro individual que obra dentro del plenario.

En tercer lugar manifiesta que no hay lugar a devolver estos dineros, en razón que, se trata de valores ya causados en cuanto a la administración de estos recursos del fondo de pensiones. Habla de la teoría de prestaciones acaecidas, que dice fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Eduardo López Villegas, cuando manifiesta lo siguiente: *"las consecuencias de las nulidad de la vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del Derecho Privado, la que no tiene cabida enteramente en el Derecho Social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en el que se formalizó el acto anulado y mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del Derecho Laboral o en el de la Seguridad Social"*.

Pide tener presente que frete al cobro del 3% destinado para gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo

causado por la periodicidad que impone la Ley. Expresa también que este es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez, y refiere que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de sumas percibidas por gastos de administración.

Finalmente solicita nuevamente se revoque la sentencia parcialmente, en lo concerniente al traslado de la comisión de administración y los descuentos por primas de seguros previsionales, toda vez que, según manifiesta, se trata de prestaciones ya acaecidas.

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

Señala que, la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse íntegramente a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Dice que para el presente caso, no se tuvieron en cuenta esos presupuestos procesales para dar la ineficacia del acto de afiliación del demandado, en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo el principio de inescindibilidad y son la autoridades administrativas las allí señaladas, a efecto de dar cualquier consecuencia de dicha ineficacia.

Pide tener en cuenta que la sentencia no tiene en cuenta que cualquier daño que se ocasione al afiliado, por el incumplimiento de deberes de la AFP o de sus funcionarios, deben ser resarcidos por estos, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, vigente a la fecha del momento y del traslado efectuado de manera libre y voluntaria por la demandante.

Expresa que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de la AFP, a la luz de las normas vigentes para el momento del traslado de la demandante y dice que no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron este deber de información escrito o señalado, como lo pretende hacer valer la sentencia de primera instancia.

Señala que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media, contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, como lo menciona la sentencia C-1024 de 2004, la SU-064 de 2010, y la SU-130 de 2013, la Corte constitucional manifestó que en materia del traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Dice que entonces, desde una perspectiva social, se

contraria la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras personas y no por ellas mismas.

Finalmente pide tener en cuenta que como lo señaló la demandante, su traslado fue de manera libre y voluntaria, le informaron cuales eran las ventajas y desventajas, y así mismo en este momento lo único que pretende es un mayor beneficio económico, puesto que aún la cobija una posición jurisprudencial. Expresa que la demandante alega en este momento o hace querer saber un desconocimiento de la norma, máxime que sus rendimientos, o más bien, sus aportes no le dieron los rendimientos que ella esperaba, afectando así el derecho de las personas que si han sido solidarias con el sistema y con el régimen de prima media.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia** el día 10 de noviembre 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Protección 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el 10 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 1° de enero de 1999 (fl.79 archivo digital 02.contestacion Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia.pdf)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: Solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección, captura de pantalla del aplicativo AS400 donde se evidencia la fecha de afiliación de la demandante, certificado de Información de Historia Laboral de la afiliada donde constan las semanas cotizadas. movimiento de cuenta de ahorro individual con rendimientos donde aparece la relación de aportes realizada por la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. y los rendimientos generados, certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos pensionales donde consta el estado del bono pensional de la demandante, resumen de historia laboral emitido por la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, certificado del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones administrado SIAFP y del cual hace parte Colpensiones, donde consta la fecha de traslado de régimen efectuado por la demandante a Protección, carta de aprobación de historia laboral válida para bono pensional, respuesta a derecho de petición interpuesto por la demandante, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 y comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 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 10 de noviembre de 1998, la demandante tenía 200,57 semanas (fl.32 archivo digital 02.contestacion Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia.pdf) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 2 de julio de 1962 – fl 23 archivo digital 1.proceso digital 2020-00192-00.pdf) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM una vez cumpla las semanas requeridas (La edad la cumplió en el 2019 y actualmente ha cotizado más de 1267.71 semanas fl.32 archivo digital 02.contestacion Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia.pdf), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad.*

31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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 el señora **Beatriz Rosalba Del Niño Jesus Duran Mejia** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección S.A. el 10 de noviembre de 1998.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Protección S.A y Colpensiones, 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 26 de mayo de 2021 por el juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones 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. 11001310503520200019201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520200019201)

Aclaro voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520200019201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 37-2019-00780-01

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

DEMANDANTE: EDUARDO CHARRY QUINTANA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA**

ASUNTO: CONSULTA A FAVOR DEL DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada COLPENSIONES (fls.185-188) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Eduardo Charry Quintana instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA y Colpensiones debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 18 y subsanada a folios 66 a 69, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de Eduardo Charry Quintana, con la AFP Protección S.A., 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. Se declare que el traslado de régimen pensional de Eduardo Charry Quintana no se dio de manera libre y voluntaria como lo exige el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993.
3. Se declare que Protección S.A. no informó al demandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas y desventajas del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d del artículo 60 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del decreto 720 de 1994.
4. Se declare que AFP Protección S.A., por ser el fondo en el que se encuentra afiliado el demandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, actual administradora del RPM.
5. Se declare que AFP Protección S.A. debe enviar a Colpensiones todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
6. Se declare que Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, debe activar la afiliación de Eduardo Charry Quintana, en el RPM desde su fecha inicial de afiliación, y aceptar y recibir el traslado de todos los aportes del demandante.
7. Se declare que Colpensiones debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de Eduardo Charry Quintana.

Condenas:

1. Se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación del RPM queda nuevamente vigente, dada la declaratoria de nulidad.
2. Se condene a AFP Protección S.A. a enviar a Colpensiones, el detalle de traslado de aportes como consecuencia de la declaratoria de nulidad.
3. Se condene a Colpensiones a activar la afiliación a Eduardo Charry Quintana en el RPM
4. Se condene a Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de Eduardo Charry Quintana.
5. Se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ultra y extra petita.

6. Se condene a AFP Protección S.A., a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Protección SA (fls.114-128) y Colpensiones (fls.162-166) según Auto del 17 de enero de 2020, Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensión y Cesantías Protección y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por el señor Eduardo Charry Quintana, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia. **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de cada una de las entidades demandadas. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

CONSULTA A FAVOR DEL DEMANDANTE

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señor (a) **Eduardo Charry Quintana** el día 30 de junio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el 30 de junio de 1994 con fecha de efectividad del 01 de julio de 1994 (fl.140).

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se

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

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, la historia laboral entregado en medio magnético, la AFP Protección SA aportó Formulario de vinculación suscrito con el demandante el 30 de junio de 1994, respuesta derecho de petición del 27 junio 2019, historia Laboral Bonos Pensionales, certificado SIAFP, movimientos cuenta de ahorro individual, Historia Laboral expedida por Protección S.A, política de asesoramiento de personas naturales, Publicación año de gracia, para surtir el traslado de régimen, Concepto Superintendencia Financiera de Colombia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de junio 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 30 de junio de 1994, el demandante tenía 708.71 semanas cotizadas (fl.42) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años, (nació el 28 de febrero de 1958 – fl 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1668.85 semanas (fl.42), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que hacer cuantiosos aportes al RAIS, 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 S.A.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra desacertada la decisión del A Quo al absolver a las demandadas y no declarar la ineficacia del acto de traslado del señor Eduardo Charry Quintana del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por Protección SA, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal manera que Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la 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(la) señor(a) **Eduardo Charry Quintana** del ISS hoy

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección SA el día 30 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1 de julio de 1994 (fl.140), en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. 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 junto con los gastos de administración; 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.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante.

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 7 de mayo de 2021 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Eduardo Charry Quintana** de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la AFP Colmena, hoy AFP Protección S.A. el día 30 de junio de 1994 con fecha de efectividad de 1° de julio de 1994, y en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. 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 junto con los gastos de administración; y **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a Aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante.

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

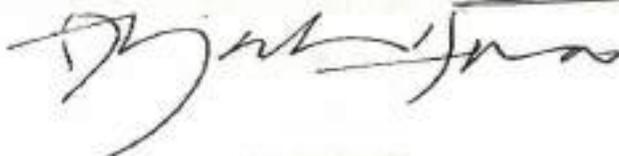
(Rad. 11001310503720190078001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503720190078001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503720190078001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2019-00067-01

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

DEMANDANTE: LILIANA MARCELA BERNATE MORALES
DEMANDADO: VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA – VISE LTDA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 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. 7 a 26), así como de la demandada VISE LTDA (fls. 3 a 5), 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

La señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA – VISE LTDA,

debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Declarar que existe una relación laboral actual y desde hace ocho años con el demandado.
2. Que la demandante tiene estabilidad laboral reforzada.
3. Que el salario que devengaba era de \$960.926 hasta el 28 de febrero de 2011.
4. Que en la actualidad la demandante esta devengando un salario de \$702.455.
5. Que la demandante fue despedida estando en estabilidad laboral reforzada.
6. Confirmar la sentencia de tutela que ordenó reintegrar.
7. Que existe una desmejora en el lugar de trabajo al momento del reintegro.

CONDENATORIAS:

1. A pagar las horas extras desde el inicio de la relación laboral que hasta la fecha son 384 horas extras.
2. A pagar el excedente del salario dejado de pagar desde el mes de marzo de 2011 hasta la fecha.
3. A pagar la seguridad social en cesantías e intereses de cesantías desde marzo de 2011 con el salario que devengaba en ese momento.
4. A pagar la seguridad social en pensión desde marzo de 2011 con el salario que devengaba en ese momento.
5. A pagar el excedente de vacaciones desde marzo de 2011 con el salario que antes devengaba.
6. Que se pague el quinquenio al que tiene derecho.
7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA - VISE LTDA (fls. 120 a 270), de acuerdo al auto del 20 de junio de 2019. 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 20 de agosto de 2020, **DECLARÓ** que existe entre **VIGILANCIA Y SEGURIDAD VISE LTDA**, una vinculación contractual laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, con la señora **LILIANA MARCELA BERNATE MORALES**. Se **ABSTUVO** de acceder a las demás pretensiones declarativas, formuladas en el libelo introductorio. **ABSOLVIÓ** a **VIGILANCIA Y SEGURIDAD – VISE LTDA** de las pretensiones de condena formuladas en el libelo introductorio **LILIANA MARCELA BERNATE MORALES**. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho declaró no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y se consideró relevado del estudio de las planteadas frente a las absoluciones producidas. Sin **costas** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- 1. EXCEDENTE SALARIO DEJADO DE PERCIBIR:** Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos que sea revocada y se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que a su consideración no tuvo en cuenta los pagos que se le realizaron o por lo menos el promedio mensual que devengaba la demandante de \$1.390.883 y que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario, se evidenció que las cotizaciones a Seguridad Social, tanto en pensión como en Cesantías, se realizaba con base en 1 SMLMV, y por tal razón, estas cargas prestacionales tienen que estar a cargo del empleador, es decir, debe pagar las sumas equivalentes al porcentaje del menor valor a cargo de la empresa que tiene que realizarlo por la labor cumplida por la demandante, toda vez que como se muestra en el plenario, también se le descontaban estas cargas prestacionales de acuerdo al promedio, y al descontar ese dinero, solamente está pagando una suma inferior a lo que realmente devengaba la demandante.
- 2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Señala que la demandante sí ostenta la calidad de estabilidad laboral reforzada, no solamente por su patología, que si bien no tuvo en cuenta el Juzgado de instancia, que si bien

esta registrado por la ARL del accidente sufrido por la demandante, sino con su condición médica que registra ante la EPS, resaltando que si bien la demanda de radicó en el año 2019, todos los procedimientos médicos y patologías de esa fecha en adelante las tiene la compañía, la cual al contestar la demanda, tampoco fueron allegadas.

Ahora, indica que la Corte Constitucional en sentencia C – 200 de 2019 afirma que para ésta pérdida de capacidad laboral, así sea por parte del empleador, sea leve, grave o gravísima, se debe acudir ante el Ministerio de Trabajo, y la empresa demandada nunca acudió a efectos de despedir a la demandante, por tal razón se solicita se declare que para la fecha de despido la demandante tenía estabilidad laboral reforzada, conforme las pruebas que reposan en el plenario.

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

- 1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Manifiesta su inconformidad respecto de la decisión del Juez de primera instancia en abstenerse en decidir acerca de la presunta estabilidad laboral reforzada de la demandante para el momento de la terminación de su contrato, en atención que el fallo de tutela tuvo el carácter definitivo y no transitorio, tal y como esta demostrado en el expediente, resaltando que fue la misma demandante quien sometió a controversia el aspecto de su estabilidad laboral reforzada.

En ese sentido, solicita se revoque la declaratoria de la existencia de la relación laboral, toda vez que no goza de estabilidad laboral reforzada, sin embargo no se estudio dicho punto por el cual se inició la demanda, y conforme a los criterios jurisprudenciales y las pruebas obrantes dentro del plenario es posible determinar si tiene o no estabilidad laboral reforzada, independientemente si el fallo de tutela fue definitivo o transitorio, sin embargo lo cierto es que la demandante puso a consideración de la Jurisdicción Ordinaria Laboral a consideración del Juez si tenía o no estabilidad laboral reforzada, por lo que es procedente que se estudie la presunta estabilidad laboral reforzada que aducen la demandante.

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:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el reintegro de la señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar pagar a la demandante el excedente del salario dejado de percibir.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que la demandante LILIANA MARCELA BERNATE MORALES suscribió un contrato a término indefinido con la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA – VISE LTDA desde el **16 de febrero de 2011** para desempeñar el cargo de "Agente de Control", percibiendo un salario de \$960.926, conforme el contrato individual de trabajo visible a folios 14 a 17. conforme se colige de la certificación visible a folio 68 la cual da cuenta que la aquí demandante labora en la compañía desde el 16 de febrero de 2011, desempeñando el cargo de AGENTE DE CONTOL MEDIO TIEMPO, devengando un salario de \$702.455 (fl. 68), así como certificación visible a folio 69, en la que se indica que devenga un salario mensual de \$702.455, auxilio de transporte \$88.211, transporte adicional \$85.808 y horas extras y recargos \$514.410, para una asignación promedio de \$1.390.883 (fl. 69).

Que mediante comunicación del 8 de agosto de 2018 se le informó a la actora que el contrato de daría por terminado a partir de dicha data, con fundamento en una causa legal, en atención que el contrato comercial de prestación de servicios de seguridad celebrado entre AVIANCA SA y VISE LTDA, para la prestación en forma exclusiva de las funciones inherentes al cargo de "Agente de Control", en desarrollo y ejecución del contrato antes señalado, trayendo a colación la cláusula quinta del contrato de trabajo (fl. 72).

Ahora, que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado Noveno de Pequeñas Causas y Competencia del 19 de septiembre de 2018, concedió el amparo de tutela interpuesto por la aquí demandante y ordenó a la accionada, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de dicha providencia, reintegre a la señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad y atendiendo a su estado de salud, de acuerdo con la historia clínica que obra en el expediente. Como consecuencia de lo anterior ordenó el pago de la remuneración correspondiente y de las prestaciones sociales que legalmente le correspondan a la actora, así como efectuar los aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro. Igualmente, se ordenó el pago de la sanción establecida en el inciso segundo del Art. 26 de la Ley 361 de 1997 a favor de la accionante, para lo cual se le concede a la accionada el término de 19 días contados a partir de la notificación de éste fallo (fls. 75 a 83).

Que mediante comunicación visible a folio 243 se le notificó a la demandante el reintegro al cargo de AGENTE DE CONTROL para laborar en el contrato OPAIN, en la que la actora dejó constancia que su cargo real es guarda de seguridad, por lo que le informa a la empresa aquí demandada que iniciará trámite de incidente de desacato (fl. 243).

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Por razones de método, la Sala comenzará con estudiar lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alega la parte demandante, como quiera que ambas partes apelaron éste punto en su recurso de alzada.

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad VISE LTDA terminó de forma unilateral y aduciendo una causa legal el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud de la actora, como consecuencia del accidente laboral ocurrido el 29 de junio de 2017.

Ahora bien, sea lo primero señalar que si bien el Juzgado de primera instancia se abstuvo de estudiar todo lo relacionado con la presunta estabilidad laboral reforzada

que goza la demandante, pues a su consideración el reintegro por orden de tutela había sido una orden definitiva.

No obstante lo anterior, debe señalarse que una vez revisada la sentencia de tutela proferida por el el Juzgado Noveno de Pequeñas Causas y Competencia del 19 de septiembre de 2018, si bien en dicha providencia no se indica si la orden de reintegro es de manera transitoria o definitiva, de manera alguna se puede entender que tal decisión deba ser considerada como transitoria, toda vez que de conformidad con el inciso 3º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 que dispone:

"ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. *Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."

Teniendo en cuenta la norma en cita, se tiene que en el evento en el que Juez de Tutela no indique la temporalidad de la orden instaurada, tal y como ocurre en el presente asunto, lo cierto es que la finalidad de la Acción de Tutela se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que contrario a lo afirmado por el Juez de primer grado, no puede inferirse, a pesar que no se indicó en la sentencia de tutela, que es una decisión definitiva, pues como quedó visto, se acude a la Acción de Tutela como un mecanismo transitorio, máxime si se tiene en cuenta, tal y como lo indicó el apoderado de la parte demandada, para eso mismo la demandante inició la presente demanda a efectos de determinar si goza o no de estabilidad laboral reforzada.

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

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

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el

amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

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

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

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

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar

libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

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

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

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

De la prueba allegada al plenario, se observa carta de dirigida a la demandante del 08 de agosto de 2018 en la que señala:

"Según su contrato de trabajo, Usted fue vinculado con ocasión al contrato comercial de prestación de servicios de seguridad celebrado entre Avianca SA y VISE LTDA

– IASG, para la prestación en forma exclusiva de las funciones inherentes al cargo de Agente de Control en desarrollo y ejecución del contrato antes señalado.

Dicho contrato comercial, termina efectivamente el día 08 de agosto de 2018, fecha última, en la que por parte de VISE LTDA se prestará servicio de seguridad al cliente AVIANCA SA, a partir del 09 de agosto de 2018, los servicios de seguridad privada para el mencionado usuario, serán prestados por un tercero ajeno a VISE LTDA.

La cláusula QUINTA del contrato de trabajo suscrito entre las partes, señala como causal de terminación de contrato 'la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado...', esto en relación con el objeto del contrato establecido en la cláusula primera del mismo, causa legal, pactada por las partes que se toma en el motivo y justificación para dar por terminado el contrato de trabajo, pues como es de público conocimiento, el contrato comercial suscrito con AVIANCA SA termina efectivamente el 08 de agosto de 2018.

Adicional e independiente a lo anterior, el numeral 2 del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, expresamente señala: '2. El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo'. Como se puede evidenciar, las causas y materia del trabajo han desaparecido, circunstancia, que también se invoca, como causa y razón para la terminación de su contrato de trabajo.

Por lo anterior, nos permitimos informarle que su contrato de trabajo terminará al finalizar la jornada laboral del día 08 de agosto de 2018."

Del contenido de la anterior documental se puede concluir de manera inequívoca la intención del empleador de no renovar el contrato de trabajo suscrito con el trabajador, obedece a una causa legal, por haberse dado terminado el contrato comercial con su cliente AVIANCA SA el 08 de agosto de 2018.

No obstante lo anterior, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que la señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES goza de estabilidad laboral reforzada (Pretensión #2 del acápite de pretensiones declarativas), conforme el accidente de trabajo que sufrió el 29 de junio de 2017, conforme se infiere de los hechos del libelo introductor.

En ese orden de ideas, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su artículo 1 en que edifica sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues

revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, así como los interrogatorios de parte, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se encontraba incapacitado, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que deprecia en su escrito de demanda.

Ahora bien, al revisar la documental que sirven como fundamento para la determinar si la demandante goza o no de estabilidad laboral reforzada, milita en el expediente historia clínica de la demandante visible a folios 18 a 28 de 37 a 41 de 45 a 52, factura de venta para prótesis (fl. 29), formato de solicitud de servicios ambulatorios y medicamentos expedido por AXA COLPATRIA (fl. 30 a 34), solicitud de servicios por parte de NUEVA EPS (fl. 36), fórmula médica para medicamentos (fl. 42), remisión a resonancia magnética de muñeca derecha (fl. 44).

Así mismo, reposa formato de informe de accidente de trabajo que padeció la demandante el día 29 de junio de 2017 (fl. 45), comprobante de nómina correspondiente al mes de julio de 2018 (fl. 57 a 61 y 64), correo electrónico del 30 de mayo de 2017 solicitando la demandante permiso porte de equipo teléfono celular (fls. 62 a 63), registro civil de nacimiento del menor Laura Fernanda Bernate Silva, hija de la demandante (fl. 70), copia de fallo de tutela (fls. 75 a 83).

Así mismo, incapacidades médicas: del 25 de julio de 2017 al 28 de julio de 2017 (fl. 43), recomendación médica por parte del médico tratante de la NUEVA EPS (fl. 65 a 66).

Conforme lo anterior, lo que se puede concluir es que la demandante presenta padecimientos por tendinitis de flexores y extensores de la muñeca derecha, sin embargo la mayoría de dichos padecimientos se refieren a enfermedades de carácter temporal y transitoria, cuya recuperación se dio a través de tratamientos realizados en el tiempo, esto es, con consumo de medicamentos, y/o terapias, conforme la documental obrante dentro del plenario.

En ese sentido, si bien la demandante se aqueja de una tendinitis de su muñeca derecha, lo cierto es que dicha circunstancia por sí sola, y como se acreditó en el expediente no activa a favor de la demandante la garantía de estabilidad laboral

reforzada a su nombre, teniendo en cuenta en primer lugar que la parte actora no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En segundo lugar, la demandante tampoco acreditó estar incapacitada al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial de protección, y fue tan solo con ocasión del fallo de tutela proferido por el Juez de Tutela g se reintegró de manera transitoria por encontrarse, a su consideración, en una condición de estabilidad laboral reforzada, lo cierto es que dicha situación no fue acreditada, ni puesta en conocimiento del empleador.

Adicionalmente, tampoco se acreditó dentro del plenario que tuviera algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, superior al 15% o superior, límites antes enunciados a efectos de que fuera sujeto especial de protección.

Igualmente, no se acreditó por parte de la demandante, que al término de la relación laboral se encontrara en tratamiento alguno por los padecimientos de salud que lo aquejan.

Se recibió interrogatorio de parte del **representante legal** de la empresa demandada, quien indicó que conoce a la demandante que por fallo de tutela fue reintegrada y reubicada en un cargo de OPAIN, respetando las condiciones laborales, conforme lo ordena el fallo de tutela, que en agosto de 2018 se terminó el contrato que tenía VISE con AVIANCA, entonces se decidió dar por terminado el contrato con la demandante, porque se dio por terminadas las causas que le dieron origen. Que la empresa tuvo conocimiento de una patología que sufrió la demandante, consistente en una tendinitis, que tenía unas recomendaciones de no cargar cosas pesadas, sin embargo estas recomendaciones no limitaban las funciones asignadas. Que al reintegrar a la demandante no existía el cargo de AGENTE DE CONTROL, porque ese cargo solo existía en la empresa de AVIANCA, por que era donde se tendía contemplado ese cargo, pero la no prestarse ese cargo, se reubicó para designar unas funciones de seguridad en el contrato de OPAIN, se canceló la totalidad de salarios dejados de percibir a la demandante.

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** de la demandante en donde manifestó que en los hechos de la acción de tutela, indicó que fue vinculada por medio tiempo con la demandada. Que fue calificada con 0% de pérdida de capacidad laboral, para pasarla a EPS como enfermedad común y allí ser

nuevamente calificada. Que la empresa si le ha pagado las prestaciones sociales que están pactadas.

Se recibieron los testimonios de los señores **GUSTAVO GOMEZ**, quien indicó que fue empleado de la demandada hasta el 28 de febrero de 2020, que conoció a la demandante cuando trabajó en VISE en ejecución del contrato comercial con AVIANCA. Que la demandante estando trabajando tuvo un accidente en la muñeca derecha, que intentaron hacerle una cirugía, pero no tenía ninguna patología grave, pero si tuvo unas recomendaciones o restricciones que debía acatar la empresa, que la hija de la actora tenía una hija enfermita, y por eso le permitieron el uso del celular por si debía atender a la niña. Que una vez terminado el contrato de VISE con AVIANCA, no había objeto a prestar para VISE como agente de control. Que la demandante hacía parte de los agentes que trabajaban medio tiempo, y las condiciones laborales eran diferentes, por ser un contrato diferente. Que los agentes de control hacían horas extras cuando se retrasaba un avión, o cubrir una posición adicional, pero se les pagaba su trabajo complementario conforme la Ley. Que la demandante nunca hizo 12 horas diarias, porque la Ley no lo permitía.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **OLGA RINCON** quien indicó que conoce a la demandante por trabajar en la empresa demandada y fue la jefe de seguridad y salud en el trabajo, que la demandante se vinculó a la empresa desde febrero de 2011, prestaba servicio como agente de control, en el contrato que se tenía con AVIANCA como "part time", por un tiempo de 4 horas diarias. Que la actora tuvo un accidente de trabajo, inicialmente tuvo una atención por parte de la ARL, ésta realizó una objeción y por eso tomó el caso la EPS, pero expidieron unas recomendaciones médicas relacionadas con el levantamiento de la carga, y hacer estiramientos y pausas activas sobre la jornada laboral. Que el contrato con AVIANCA se dio por terminado en el 2018 y por eso se tuvieron que terminar los contratos con los agentes de control, pero por una orden de tutela actualmente la demandante se encuentra laborando en la empresa. Que para el momento en que la demandante fue desvinculada no tenía ninguna patología ni incapacidad que tuviera conocimiento la empresa, sin embargo que el accidente lo sufrió en el año 2017, pero se recuperó y tan solo se expidieron las recomendaciones por parte de la ARL. Que en el evento que un trabajador tenga una patología, nos debe informar por escrito de su médico tratante, que en el presente asunto, la demandante no ha presentado dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora **SANDRA LEYVA INFANE**, quien indicó que se desempeña como directora de gestión humana de la empresa demandada, y por tal razón conoce a la demandante, que en virtud de la terminación del contrato con AVIANCA, se desvincularon aproximadamente unas 700 u 800 personas. Que con posterioridad a agosto de 2018 la empresa VISE no prestó ningún servicio a AVIANCA. Que el cargo de "agente de control" se creó en su momento, cuando se ganó el contrato con AVIANCA, y era una función muy específica que cumplían, cuando se acabó el contrato con AVIANCA, el cargo de "agente de control" no continuó, el cargo desapareció del organigrama. Que en cumplimiento a la acción de tutela, se reintegró al mismo cargo de "agente de control", para desempeñar funciones en OPAIN.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica del actor, que padece diferentes patologías que afectan su estado de salud, lo cierto es que a la fecha en que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitado, además de que dicha situación no fue conocida por la sociedad demandada, requisitos primordiales para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor.

En suma, para el momento del despido, el empleador debía contar con el conocimiento pleno de la existencia de unas condiciones de *funcionalidad diversa* de la demandante, que le merecieran la protección legal ya citada, lo que para el presente caso no se logró demostrar.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por la demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido y tras ello, el conocimiento del empleador, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es que el no conocimiento por parte del empleador o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio, así como tampoco encontrarse incapacitada el día del despido, pues tan solo aportó una incapacidad del 25 de julio de 2017 al 28 de julio de 2017, conforme se observa a folio 43, y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer la demandante alguna afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado con el preaviso presentado a la actora, con ocasión al vencimiento del plazo fijo, conforme lo establece la normatividad laboral antes mencionada.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, entre otras la del declarar que la señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda, por depender de la principal.

Así pues, no queda otro camino que **MODIFICAR** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR que la señora LILIANA MARCELA BERNATE MORALES no goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997.

EXCEDENTE SALARIO DEJADO DE PERCIBIR:

Por otro lado, la parte demandante interpuso recurso de apelación respecto del excedente del salario dejado de percibir, por cuanto a su consideración la demandada no tuvo en cuenta los pagos que se realizaron, o por lo menos el promedio mensual que devengaba la demandante en valor de \$1.390.883, toda vez que conforme se acreditó con las pruebas obrantes en el expediente, se cotizó para el Sistema General de Seguridad Social, así como a cesantías con un IBC de 1 SMLMV, y al estar estas cargas prestacionales a cargo del empleador, deberá pagar el equivalente o porcentaje del mayor valor que corresponda.

Así pues, entiende la Sala que tal pedimento obedece a que en el contrato de trabajo presenta una enmendadura en relación al valor del salario, en donde se corrige que no es mas de mas de \$900.000, sino que corresponde a mas de \$400.000.

No obstante, debe señalarse que las circunstancias que rodearon esta particular circunstancia, el testimonio de la Jefe de Recursos Humanos indicó que se habría suscrito dicho contrato dentro de escenario de premura y rapidez, en donde al parecer habían incurrido en algún tipo de error al utilizar contratos pro forma, y se utilizó el que establecía "no mas de \$900.000", y al abstenerse al indicar la

modalidad de cargo sería la de "part time", es decir, la que corresponde a medio tiempo.

Así mismo indicó que la misma demandante fue informada por parte de Recursos Humanos de la equivocación en que habría incurrido la accionada, frente a lo cual la demandante no realizó ninguna manifestación, ni informó su desacuerdo, por el contrario, se advierte que estuvo de acuerdo con tal decisión, al punto que el 16 de febrero de 2011 desarrolló la actividad bajo el esquema de "part time" o medio tiempo, sin manifestar inconformidad alguna, con el reconocimiento de recargos nocturnos, si los hubiere; así pues, se puede llegar a la conclusión que las partes no deseaban acordar una asignación de \$900.000 por el medio tiempo laborado.

Ahora, en lo que respecta al promedio que devengaba la demandante en valor de \$1.390.883, debe señalarle que no existe prueba alguna que determine que devenga constantemente un salario básico superior, pues lo cierto es que podía llegar a devengar algún recargo, de manera eventual, pero no quiere decir que tenía un salario básico superior al acordado, y de ello dan cuenta los desprendibles de nómina allegados al plenario.

En ese orden de ideas, no se acredita dentro del presente proceso que el salario base de la demandante fuese superior al valor pactado hasta el mes de febrero de 2011, resaltando que la pretensión que inicialmente se solicitó en la demanda no la de declarar que la actora devengaba un promedio de \$1.390.883 mensualmente como se pretende en el recurso de apelación, sino que se solicitaba se declarara que devengaba \$970.000, los cuales ninguno de los dos salarios fueron acreditado dentro del plenario, razón por la cual se despacha desfavorablemente que la demandante devengara mensualmente un promedio de un salario básico de \$1.390.883 o \$970.000, por lo que se despacharán las súplicas incoadas por la parte demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** el numeral tercero de la sentencia proferida en perima instancia.

Se **CONFIRMA** en lo demás.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la señora **LILIANA MARCELA BERNATE MORALES** no goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997.

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

TERCERO: 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. 11001310503820190006701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503820190006701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820190006701)