



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 01-2019-00954-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: VILMA YANIRA SANCHEZ AYALA

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto 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 Sandra Anillo Díaz con tarjeta profesional No. 271.077 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.193)

La parte demandante (fls.207), la parte demandada Colpensiones (fls.193) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Vilma Yanira Sanchez Ayala instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 , con subsanación a folios 87, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare que la AFP Colfondos S.A. incumplió gravemente su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente a la demandante al momento de la suscripción del formulario de afiliación mediante el cual el demandante cambio su régimen de administración de pensión.
2. Se declare la nulidad y/o ineficacia en la afiliación de pensiones al RAIS al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre los regímenes pensionales y de las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones.
3. Se declare que la AFP Colfondos S.A. omitió las obligaciones y responsabilidades hacia la demandante como su afiliada, en especial: La obligación de información, prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna el servicio al afiliado, entregar al afiliado el plan de pensiones y el reglamento de funciones del fondo de pensiones y las demás obligaciones impuestas por la Superintendencia Financiera.
4. Se declare que la AFP Colfondos omitió suministrar la información necesaria que se debe dar en el proceso de afiliación, que eran necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de afiliación al régimen de pensiones.
5. Se declare que la AFP Colfondos omitió informar a la demandante sobre las condiciones económica, jurídicas, financieras, actuariales, y comparativas entre los regímenes pensionales existentes, que eran necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de afiliación al régimen de pensiones.

6. Se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

Condenas

1. Se condene a Colfondos S.A. a registrar en su sistema de información que el traslado de régimen de la demandante en el año 1994 estuvo viciado de nulidad por error de hecho.
2. Se condene a Colfondos S.A. a transferir el total del dinero ahorrado en la cuenta personal de la demandante, el cual deberá ser transformado a semanas, junto con sus rendimientos al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se condene a Colpensiones a efectuar la correspondiente activación de afiliación de la demandante al RPM.
4. Se condene a Colpensiones a recibir los valores de las cotizaciones, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS, sin que Colfondos S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.
5. Se condene a Colfondos y a Colpensiones al pago de los demás derechos probados durante el proceso, de acuerdo con las facultades extra y ultra petita.
6. Se condene a Colfondos S.A. y a Colpensiones al pago de las costas que se generen en el proceso.

Pretensiones subsidiarias

1. En caso de no encontrar fundadas las pretensiones declarativas principales, declarar que la administradora de fondos de pensión Colfondos S.A., causó un perjuicio a la demandante, al provocar la afiliación al RAIS.
2. Se condene a la Administradora Colfondos S.A. a pagar a la demandante a título de indemnización de perjuicios, la diferencia entre la pensión de vejez que le otorgue el RAIS y la pensión que hubiese podido percibir en el RPM desde su reconocimiento y hasta la extensión de la pensión de vejez o de sobrevivientes, si es que ocurre la transformación luego del fallecimiento.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colfondos (fl.122-132), y Colpensiones (fl.134-149) de acuerdo al auto del 29 de septiembre de 2020, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a traces del fondo administrado por la sociedad demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. **ORDENÓ** a la demandada Colpensiones autorizar el traslado de la demandante al RPM. **ORDENÓ** a Colfondos S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la actora, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante. **DECLARÓ** que la demandada Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **NO CONDENÓ** en costas a las demandadas. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, en cuanto al numeral 5 de forma única y exclusiva, relacionado con las costas procesales.

Señala que, para el caso concreto deberá condenarse a la AFP Colfondos al pago de costas procesales, menciona que la razón que acompaña dicha decisión debe deberse efectivamente al comportamiento que llevaron a cabo los diferentes agentes comerciales que para su momento contrató la AFP Colfondos, con el fin único y exclusivo de vender productos financieros con el incumplimiento grave de las obligaciones contenidas en los diferentes estatutos relacionados con el estatuto del consumidor financiero, así mismo con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley 100 de 1993 que para ese momento estaba plenamente vigente.

Pone en evidencia que la AFP Colfondos incumplió gravemente dicho deber, el deber de efectivamente dar una información concreta, efectiva, eficaz con el fin de que los diferentes usuarios pudieran llevar a cabo el traslado. Menciona que el caso no es el primero que

efectivamente se está dando en la jurisdicción, es una violación sistemática de los diferentes derechos que tienen los demás consumidores financieros, incluyendo la demandante.

Por lo anterior, dice que se evidencia en el interrogatorio de parte de la demandante, que se logró obtener información suficiente que permite concluir el comportamiento de mala fe que tuvo la AFP con el fin de incrementar en sus filas los usuarios para llevar a cabo unos incrementos económicos, aplastando e inobservando las diferentes obligaciones y derechos que tienen los demás afiliados a los fondos de pensiones, incluyendo la demandante.

Manifiesta que esa es la razón por la cual se opongo a la decisión del juzgado con el fin de que, en efecto, se condene a la AFP Colfondos a pagar costas procesales a razón de su comportamiento de mala fe que quedó debidamente acreditado en el proceso de la referencia.

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

Ruega sea revocada la decisión que fue proferida en primera instancia, en donde se condena a Colpensiones a recibir los aportes de la hoy demandante, atendiendo que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad del cotizante y en consecuencia, no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y condenar a Colpensiones a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM.

Manifiesta que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlos, voluntad que se vio rectificada por los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS, además señala que el artículo 2 de la ley 797 del 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial y que por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 01 del Decreto 3800 del 2003 limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo las afiliaciones que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es el 01 de abril de 1994, para quienes se conservó el derecho a regresar al RPM.

Expresa también que en el transcurso del proceso y una vez escuchadas las declaraciones y los testimonios que fueron realizados en el mismo, no se logra probar el vicio que diera lugar a la nulidad del traslado, y así mismo dice que, revisando el expediente administrativo de la demandante no se observa solicitud alguna concerniente al traslado que hubiere podido solicitar ante Colpensiones o alguna posible solicitud de la información sobre las diferencias entre un Régimen y otro con anterioridad al año 2019.

Dice que para la data en que elevó dicha solicitud de que la afiliación fuera nula, ya estaba dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2 de la ley 797 del año 2003, pues contaba con 57 años de edad y además no contaba con 15 años de cotizaciones para el 01 de abril del año 1994, pues para dicha data contaba tan solo con 31 años de edad y no contaba con 15 años de cotizaciones o servicios, pues se acreditó un total de 145.63 semanas cotizadas.

Señala que menos aún para la fecha de traslado del Régimen Pensional, pues para el año 1994 la demandante contaba con 31 años y 184 semanas cotizadas, además a la demandante le hacían falta más de 20 años para acreditar el requisito de edad para acceder a una pensión de vejez. Así mismo, pide observar que no solo le asiste a las AFP el deber de asesorar a los afiliados, sino que también recae sobre los afiliados buscar la debida asesoría.

Manifiesta que en el caso de que a falta de información, se hubiere basado en que la AFP demandada Porvenir S.A, no realizó una proyección pensional a la señora Vilma Yanira Sanchez Ayala al momento de su traslado, indica que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la ley le daba.

Sumando a lo anterior, menciona que dicha obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el Decreto 2071 de 2015, es decir con posterioridad a la firma del traslado realizado por la hoy demandante.

Por lo anterior, solicita a los honorables Magistrados que revoquen la decisión que ha sido tomada en primera instancia por considerar que no se logra acreditar el vicio en el consentimiento que alega la parte actora. Sin embargo, si los honorables Magistrados decidieran apartarse de las razones que ya fueron expuestas, ruega en caso de apartarse de dichos argumentos, le sea garantizada a Colpensiones que si se confirma la decisión, se ordene -como bien se dijo en esta primera instancia- a Colfondos realizar todos y cada uno de los traslados y de los rendimientos que fueron obtenidos, fruto de los aportes realizados por la hoy demandante, tales ellos como los intereses, bonos, administración y todos los frutos obtenidos por los aportes.

Así mismo, solicita que se ratifique la facultad que le fue otorgada a Colpensiones de poder obtener por vía judicial los valores no previstos al momento de un eventual reconocimiento de pensión por parte de Colpensiones.

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 **Vilma Yanira Sanchez Ayala** el día 3 de noviembre en de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 3 de noviembre de 1994 (fl.57)

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

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

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

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

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

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

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

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

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

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de noviembre 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 3 de noviembre de 1994, la demandante tenía 146 semanas (fl.63), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 24 años (nació el 3 de diciembre de 1969 – fl.56) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2026 (Actualmente ha cotizado más de 1100 semanas fl.61), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Con relación a lo manifestado por la demandada Colpensiones, conforme a que la único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público,

pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Vilma Yanira Sanchez Ayala** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 3 de noviembre de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia citando el Código General del Proceso según el cual se debe condenar en costas a las demandadas. Manifiesta el apoderado de la parte actora que se debe condenar a la AFP Colfondos a pagar costas procesales a razón de su comportamiento de mala fe que quedó debidamente acreditado en el proceso de la referencia.

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 no fijar costas, numeral 8 del art 365 C.G.P. “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a las demandantes 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 25 de agosto de 2021 por el juzgado 01 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. 11001310500120190095401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500120190095401)

Aclaro Votos!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500120190095401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 04-2020-00131-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARIA BRICEIDA LOPEZ CASTRO

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos, Protección y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de septiembre 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.559), y la parte demandada Colpensiones (fls.564) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) María Briceida López Castro instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4, con subsanación a folios 63, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado de la demandante al RAIS ante la omisión de Colfondos S.A. antes Colmena S.A. del deber de información.
2. Se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante entre sociedades del RAIS, eso es, de Colfondos S.A. a Protección S.A., por la omisión en la información por parte de las dos administradoras privadas de pensiones para brindar la posibilidad de regresar al RPM administrado por Colpensiones y/o permanecer en el RAIS.
3. Se declare que los traslados de régimen y fondo de pensiones, respectivamente, obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe en contra de la demandante.
4. Se declare que la afiliación de la demandante al RPM administrada por el otrora ISS ahora Colpensiones, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales.
5. Se declare que Colfondos y Protección S.A., deben trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado de régimen, así como los demás dineros aportados por la demandante durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS.

Condenas:

1. Se ordene a Colpensiones a inscribir sin solución de continuidad, la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.
2. Se condene a Colfondos y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados por la demandante durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS.
3. Se condene extra y ultra petita.
4. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colfondos (fl.129-157), Protección (fl.236-265) y Colpensiones (fl.347--369) de acuerdo al auto del 16 de marzo de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 04 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de María Briseida López Castro a la Administradora Colombiana de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A realizado el 29 de junio de 1994, por los motivos expuestos, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **CONDENÓ** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora. **CONDENÓ** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez se efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con sus correspondientes aportes. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas Colfondos y Protección S.A., fijando como agencias en derecho la suma de medio SMLMV a cargo de Colfondos y medio SMLMV a cargo de Protección S.A. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colfondos S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Solicita a los honorables Magistrados se revoque la condena impuesta a la devolución de conceptos de primas de seguros, el cual se realiza por disposición legal de conformidad al *Decreto 4982 del 2007* en su *artículo 1*, según el cual, el aporte destinado al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, se distribuye de la siguiente forma: el 11.5% con destino al CAE, el 1.5% al fondo de la entidad de pensión mínima y el 3% de la comisión de administración.

Manifiesta que dichos recursos no están en poder de Colfondos, y que además, en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera estuvieran vinculados al proceso, violándose así su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también fueron descontadas para Colfondos.

Por lo anterior solicita a los honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá se absuelva a Colfondos de trasladar dichos conceptos al RPM, pues apela que no hay lugar a la misma, y señala que en la afiliación de la actora al RAIS siempre estuvieron vigentes los riesgos de vejez, invalidez y muerte por el tiempo que estuvo afiliada a Colfondos, razón más para que se revoque la orden impuesta a Colfondos de devolver el porcentaje que legalmente destinó al pago de las pólizas provisionales de seguros.

La parte demandada (Protección S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Solicita revocar la sentencia en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, esto, basado en los siguientes argumentos:

Con la condena de primera instancia que ordena a Protección a devolver los dineros de la cuenta de ahorros individual de la parte demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente menciona, ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección S.A, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

Señala frente a la Prima del seguro previsional que esta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos. Manifiesta que la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y Protección está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, toda vez, que en este caso la aseguradora

es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección S.A.

Pide tener de presente que en caso de confirmar la condena a mi representada de indexar o de devolver estos dineros indexados, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de Protección, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta. Manifiesta que en el presente proceso, no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente a este tema de perjuicios contra Protección.

Finalmente resalta que, frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que financian directamente la prestación económica por vejez por lo que son conceptos que si prescriben, de conformidad con lo establecido en *artículo 488 del código de trabajo* en armonía con el *artículo 151 del código procesal laboral* que establecen que el trascurso del tiempo de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas.

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

Señala que es claro que la *ley 100 de 1993* creo la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada 5 años, contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir su derecho pensional, sin embargo menciona, que la demandante hizo su petición de traslado solo hasta el 26 de noviembre del año 2019 y al verificar su cédula de ciudadanía, se denota que para esa fecha ya contaba con 57 años de edad, es decir, que se encontraba inmersa dentro de la prohibición consagrada en el *artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal e* y no podía realizar el traslado, como lo dispone esta *ley 100*.

Señala que tampoco contaba con los requisitos de 15 años cotizados para el 01 de abril de 1994, ni tampoco la edad que se requiere, pues solo tenía 31 años de edad y 435 semanas, por lo cual dice, no se puede trasladar en cualquier tiempo, según lo establecido en la sentencia SU-062 del año 2010 y significa que debe permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Considera que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues este traslado se realizó de manera libre, voluntaria, consciente y sin presiones al momento de firmar la afiliación a la AFP Colfondos S.A, decisión que también fue rectificada cuando se trasladó al siguiente fondo de pensiones Protección S.A.

Trae a colación que para la fecha del traslado, dada la circular externa 019 del año 1998, que fue proferida por la Superintendencia Bancaria en ese momento, el diligenciamiento del formulario debía realizarse para hacer efectivo el traslado entre regímenes pensionales y era el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado de la demandante, pues en él se consignaba la voluntad de afiliación de quien suscribía dicho documento.

Reitera que las obligaciones de los derechos pensionales de los afiliados, no solamente recaen en los fondos pensionales, también se encuentra en cabeza de ellos, por ello señala que es claro que la demandante tenía que indagar que beneficios le proporcionaban uno y otro Régimen pensional, esto se encuentra dispuesto en el *artículo 2.6.10.1.4 del Decreto 2550 del año 2010* que establece que deberes debe tener el afiliado como consumidor del Sistema Financiero del Sistema General de Pensiones.

Expone que tal como se le indagó a la demandante en la declaratoria de parte, ella en ningún momento, ni cuando realizó el traslado del Régimen de Prima Media al Fondo Privado de Pensiones se acercó al ISS para indagar si era posible que el ISS, le ofreciera otros beneficios diferentes, ni durante todo el trascurso de su vida laboral se acercó al posteriormente Colpensiones, solo hasta el año 2019.

Considera que no puede trasladarse toda esa carga procesal a las administradoras de fondos de pensiones y señala que en el año 2009, ella se acercó a la AFP Protección S.A y ratificó su derecho de continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de allí se le hizo una re asesoría y se le informó cuales eran los beneficios que venía recibiendo desde el año 1994, cuando se trasladó a este Régimen Pensional.

Finalmente considera que la demandante debe permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y le solicita muy respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

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 **Maria Briceida Lopez Castro** el día 29 de junio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. y AFP Protección S.A. 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 el 29 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1° de julio de 1994, y finalmente se trasladó a la AFP Protección el día 19 de marzo de 1996 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1996 (fl.312).

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 valido su traslado.

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

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

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

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

el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA aportó: formulario de vinculación, SIAFP, estado actual del afiliado, estado de cuenta detallado, comunicado de prensa diario El Tiempo, certificado existencia y representación legal Colfondos. AFP Protección aportó: formulario vinculación, respuesta derecho de petición, historia laboral, SIAFP, historia laboral OBP,

movimientos cuenta de ahorro individual, reasesoría pensional, concepto de la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 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 29 de junio de 1994, la demandante tenía 448 semanas (fl.278), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 17 de junio de 1962 – fl.297) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2019 (Actualmente ha cotizado más de 1567,72 semanas fl.278), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Con relación a lo manifestado por la demandada Colpensiones, conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación según la circular 019 de 1998 de la Superintendencia Bancaria, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que la demandante para el año 1994 no contaba con los requisitos de 15 años cotizados para el 01 de abril de 1994, ni tampoco la edad que se requiere, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Maria Briceida Lopez Castro** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 29 de junio de 1994.

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 Colfondos S.A., AFP Protección y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas 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 7 de septiembre de 2021 por el juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá

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

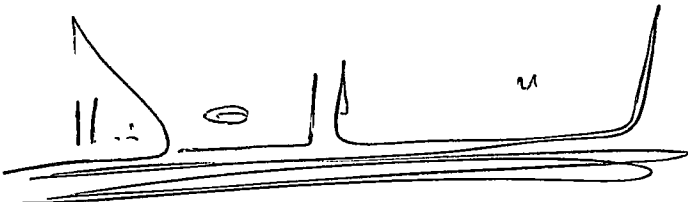
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

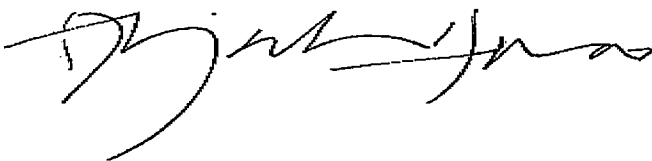
(Rad. 11001310500420200013101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500420200013101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420200013101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2018-00651-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JAIRO ANTONIO RINCON GONZALEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
COLFONDOS Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ con tarjeta profesional n.º 319.844 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 139 del expediente.

La parte demandante (fls.229), la parte demandada Colpensiones (fls.195) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Jairo Antonio Rincon Gonzalez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la ineficacia de la afiliación del señor Jairo Antonio Rincon Gonzalez al fondo Colfondos S.A., por no haber existido libertad informada para la toma de la decisión de traslado.
2. Se declare que el señor demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto al 1 de abril de 1994, tenía más de 750 semanas cotizadas.
3. Se declare que Colfondos, debió autorizar el traslado al demandante a Colpensiones, por ser beneficiario del régimen de transición por derechos adquiridos en cumplimiento de las sentencias de exequibilidad C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la corte constitucional.
4. Se condene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes a pensión del señor Jairo Antonio Rincon Gonzalez junto con todos los rendimientos financieros, previa liquidación de Colpensiones, los cuales fueron efectuados por los empleadores desde octubre de 2002 hasta la fecha.
5. Se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes a pensión efectuados al señor Jairo Antonio Rincon Gonzalez, junto con todos sus rendimientos desde octubre de 2000 hasta la fecha.
6. Se condene a Colpensiones a rehacer la historia laboral del demandante, incluyendo todos los aportes efectuados al fondo de pensiones Colfondos.
7. Se condene a Colpensiones, al reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, con el 90% de la tasa de reemplazo, teniendo en cuenta el mayor valor de ingreso base de cotización por todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos diez (10) años, desde el 1 de agosto de 2017.
8. Se condene a Colpensiones a pagar al demandante, la pensión de vejez desde el 1 de agosto de 2017, junto con todos los incrementos anuales legales.

9. Se condene a todas y cada una de las demandadas a pagarle al demandante, los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de su pensión de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la cual se estima en cien (100) S.M.M.L.V.
10. Se condene a Colpensiones, a pagarle al demandante, el valor correspondiente a los intereses de mora, desde el 1 de agosto del 2017; fecha en que debió pagarse la pensión de vejez, tal y como lo estableció la sentencia C-601 de 2000.
11. Se condene a las demandadas a pagarle al actor lo que resulte probado ultra y extra petita.
12. Se condene a las demandadas a pagar las costas que genere la presente acción.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colfondos (fl.141-153), y Colpensiones (fl.118-129) de acuerdo al auto del 8 de febrero de 2019, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de agosto de 2020, **DECLARÓ** la nulidad de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por Jairo Antonio Rincón González a través de Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías. **ORDENÓ** a la AFP Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías, a que trasladé a Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Está orden deberá cumplirse dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor Jairo Antonio Rincón González una pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2017 en cuantía de \$1.948.544 junto con sus reajustes legales y mesada 13 adicional. Está orden deberá cumplirse dentro del mes siguiente al que Colfondos S.A haya cumplido la obligación consagrada en el numeral anterior. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor Jairo Antonio Rincón González los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 9 de julio de 2018 y hasta el momento del pago efectivo de la prestación. **AUTORIZÓ** a la demandada a descontar el valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías a

reconocer y pagar a favor del señor Jairo Antonio Rincón González la suma de \$44.239.058 por concepto de daño patrimonial en su modalidad de lucro cesante consolidado esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de agosto de 2020 y como IPC final el del mes anterior al que se efectuó su pago, esta condena deberá ser asumida prorata 50% por cada una de las demandadas. **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto del daño moral. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. **CONDENÓ** en costas en este caso a cargo de las demandadas Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones Y Colfondos S.A. Pensiones Y Cesantías diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas **ORDENÓ** remitir al superior para que 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:

Manifiesta, en cuanto al reconocimiento de la prestación, se debe indicar que, si bien el demandante es beneficiario del Régimen de Transición por tiempo de servicio, esto son 15 años, el mismo al momento de solicitar su traslado al Régimen de Prima Media ya estaba, primero, inmerso en la prohibición legal y segundo, no tenía alguna expectativa legítima pues como ya lo indicó el Despacho, el mismo no extendió el Régimen de Transición, por lo tanto, se debe tener en cuenta también el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100, en donde el demandante cuando se afilia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pierde el beneficio del Régimen de Transición y por esa razón, al momento de efectuar su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ya no podía tener este beneficio, aún así cuando hubiese retornado al Régimen de Prima Media.

Adiciona que, si bien se están recibiendo los aportes del demandante, debe tenerse en cuenta que la prestación debe ser estudiada también por Colpensiones y si bien el estudio que hizo el Juez dentro del proceso, Colpensiones desconoce totalmente la totalidad de semanas aun así cuando el Fondo Privado haya allegado la historia laboral, el mismo no se podría tener en cuenta desde el momento en que se condena a Colpensiones, pues la entidad desconoce la totalidad y también cómo está descrita cada cotización realizada al Fondo Privado.

Se refiere a los perjuicios por lucro cesante, manifiesta que Colpensiones no debería endilgarse ninguna responsabilidad por perjuicios, toda vez que el negocio jurídico que celebró el demandante con Colfondos no tuvo injerencia alguna Colpensiones y dentro del interrogatorio de parte, el demandante mismo manifestó haberse trasladado por cuenta propia y que su decisión fue libre y espontánea.

Adiciona que el demandante fue quien por voluntad propia no decidió pensionarse con el Régimen que había escogido, esto es el Régimen de Ahorro Individual, pues entonces los perjuicios que se generan del lucro cesante no habrían cabida para Colpensiones teniendo en cuenta que ella no era quien tenía administradas las cotizaciones del demandante.

En cuanto a los intereses moratorios señala que, si bien el demandante primero solicitó corrección de la historia laboral y la corrección de la historia laboral, así como la misma tutela que dentro del proceso se allega, el fallador de dicha tutela le indicó al demandante que no le podía hacer su retorno al Régimen de Prima Media, por cuanto “dentro de las peticiones no se encontraba la solicitud de trasladarse al Régimen de Prima Media, simplemente estaba solicitando su corrección de historia laboral”. En ese sentido Colpensiones actuó de buena fe y también actuó conforme a derecho, en cuanto a la tutela presentada por el demandante y no se le debería endilgar ninguna responsabilidad conforme a los intereses moratorios que están aquí condenándosele a Colpensiones.

Con relación a las costas, señala que Colpensiones también actuó de buena fe y actuando bajo la normatividad establecida, pues al momento de corregirla la historia laboral se verificó que el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición legal para el 2017 ya contaba con 62 años y su retorno era improcedente por el artículo 2° de la ley 797 del 2003, si se hubiese ido en contra vía de dicha normatividad, también se le hubiese indilgado alguna responsabilidad a Colpensiones por dejar en desventaja a otras personas que también solicitan dicho retorno.

Finaliza solicitando al Tribunal, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones y se estudie el proceso en cuanto a todas las pruebas practicadas y dentro de estas, el interrogatorio de parte rendido por el demandante, y menciona que el mismo fue quien por decisión propia continuó en ese Régimen y así mismo la demanda fue inducida por su apoderado.

La parte demandada (Colfondos S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Presenta el recurso con el fin de que se revoque en su integridad, en cuanto a las condenas impartidas en contra de Colfondos.

Señala que el señor Juez indica que al momento de afiliarse el demandante Colfondos no se le informó sobre la incidencia de estar en el portafolio moderador y también sobre la última oportunidad de traslado que tuvo en el año 2007.

Pide tener en cuenta que para el año 2000 en que se traslada el demandante no existía el esquema de multifondos propio introducido por la reforma al sistema financiero en el año 2008 -2010, igualmente menciona que se aportó dentro del proceso copia de la comunicación conforme a la cual Colfondos y todas las AFP's del Sistema General de Pensiones informaron en medio escrito, periódicos de amplia circulación nacional, la entrada en vigencia del año 2003, el año de gracia, y la restricción de traslado por edad.

Señala que tampoco es cierto y hay una evidencia de una confesión en el interrogatorio de parte conforme a la cual el demandante intentó trasladarse en el año 2007, dice que se tenga en cuenta que todo esto no resulta cierto, de tal manera que pueda fundamentar la sentencia del señor Juez.

Apela que, también señala el señor Juez que se encuentra probado que la principal motivación del demandante para trasladarse de régimen es una promesa de pensionarse a los 50 años de edad o anticipadamente, y dice sobre el particular, que también obra dentro del testimonio del primer testigo José, como el mismo manifiesta que nunca se les informó sobre tal condición de pensionarse antes de los 50 años de edad y hay una seria contradicción del dicho del demandante con respecto a lo que el mismo testigo señala.

Adicionalmente expresa que el señor Juez anula la afiliación, tal como lo expone en la parte motiva de la sentencia, bajo el entendido que el demandante tenía 15 años de tiempo servido el 01 de abril de 1994, sustentándose en la aplicación de la sentencia SU 072 del 2010, que es una sentencia que hace referencia a la posibilidad de traslado para recuperar el régimen de transición y para personas que tuviesen 15 años de cotización al 01 de abril de 1994. Manifiesta que esa sentencia para nada es fundamento jurídico de una nulidad o ineficacia del traslado, y el Juez sustenta la nulidad en la posibilidad de trasladarse por esta situación específica, lo cual no se compadece del argumento con respecto a la aplicación de este precedente judicial.

Indica que no se da por probado un vicio del consentimiento, y que por el contrario queda claramente demostrado dentro del proceso por las confesiones del demandante de conocer las condiciones para acceder al Sistema pensional. Señala que el demandante tuvo cuatro asesorías, no solamente en una única oportunidad sino cuatro veces se reunió con los asesores comerciales por un espacio considerable de tiempo, de tal manera que no se prueba cuál es la causal de nulidad o ineficacia y menos aún que se sustente en la sentencia SU 062 del 2010.

Dice que el Juez señala, para de ello concluir una responsabilidad o una negligencia de Colfondos, en los folios 138, 147 y 161, conforme a los cuales Colpensiones tenía

conocimiento del cumplimiento de los 15 años de servicio al 01 de abril de 1994 y toma una decisión unilateral de no permitirle el traslado de régimen pensional y de ello, concluye que Colfondos es negligente porque debió intentar salir a buscar a solucionar el problema.

Se pregunta si frente a Colfondos no existe prueba alguna dentro del proceso que Colpensiones haya cumplido con su obligación de dar trámite a las solicitudes de traslado del afiliado, resulta palmario que dentro del expediente administrativo no obra prueba dentro del proceso ni tampoco lo aporta la parte demandante, y menciona que por el contrario existe prueba documental aportada por el mismo apoderado de la parte demandante conforme a la cual, Colfondos ante su petición preparatoria de esta demanda, le solicita la nulidad de la afiliación y Colfondos le expone las razones por las cuales, 13 marzo de 2018, no es procedente la declaratoria de la nulidad solicitada y le dice expresamente *“en nuestro sentir, el demandante cumple con los requisitos de 15 años de cotizaciones”*.

Dice que Colfondos no lo negaba, que no considera Colfondos que exista ningún problema al interior del Sistema de Seguridad Social que le lleve a negar dicho traslado, por el contrario le dices *“usted tiene el derecho, basta que su administradora de pensiones Colpensiones con arreglo del debido proceso, que debe predicarse de toda actuación administrativa.”*

Igualmente señala que presentaron la solicitud de traslado de Régimen, la cual no se presentó a Colfondos de manera alguna. Y señala que en consecuencia, tenía que salir como lo señala el señor Juez en su sentencia, a solucionar un problema que está probado dentro del proceso, no existe.

Expresa que lo único que se le dijo es que presente una solicitud de traslado porque así lo mandan las normas, así lo manda el derecho y estamos sometidos al imperio de la ley, conforme a la cual se solicitará a Colfondos, el traslado de régimen para que fuese aprobada.

Expresa que no puede endilgársele una negligencia como la que se le está haciendo imputación en este proceso que no se encuentra probada, dice que no hay negligencia de Colfondos y que está probado por el contrario que se le dio la respuesta con arreglo a derecho y Colpensiones debió haberle notificado la solicitud de traslado de régimen ante Colfondos, lo cual no se realizó. Se pregunta ¿dónde está la negligencia por parte de Colfondos?

Señala en cuanto a la indemnización de perjuicios, que alude el señor Juez que se esta ante una modalidad de perjuicios por lucro cesante consolidado y manifiesta que no puede pensarse a recurrirse a un argumento peregrino, conforme al cual dice que si se le reconoce el retroactivo desde el cumplimiento de los 62 años de edad, no deba reconocérsele un lucro cesante por el mismo concepto.

Disiente del argumento expuesto porque dice, no es un argumento peregrino, porque se le está reconociendo el lucro cesante, de los 62 años el retroactivo pensional a partir de la fecha y dice que se le está en consecuencia realizando un doble pago. Señala que si se estuviera hablando de un lucro cesante, se estaría hablando de algo que no va a recibir el demandante y que redundaría en el reconocimiento de perjuicios, pero dice que aquí se le está concediendo retroactivo que el señor juez establece que es la diferencia entre una mesada pensional que nunca reclamó y tampoco existe prueba dentro del proceso que se acercó a Colfondos y le dijeron que era una pensión de salario mínimo. Señala que de ahí se sustenta una diferencia de reconocimiento de la mesada pensional a partir de los 62 años de edad y que en consecuencia, se está condenando dos veces por la misma causa, situación que contradice los principios propios del derecho de no condenar dos veces por el mismo motivo.

Manifiesta que no puede predicársele una negligencia a Colfondos cuando, el demandante no cumplió con su carga de haberle solicitado su traslado en su oportunidad y Colpensiones habérselo solicitado a Colfondos. Dice que se le está sancionando por el hecho de un tercero que negó sin ningún fundamento el traslado, lo cual no realizó Colfondos.

En cuanto al sustento de la condena en costas judiciales por un monto de agencias en derecho de 10 salarios mínimos, dice que el juez manifiesta que tiene que ser un hecho ejemplarizante, es decir, se está sancionando a Colfondos por una presunta negligencia por vía la liquidación de costas y agencias en derecho. Dice que no comparte esa apreciación por lo siguiente:

1. Porque la condena en costas judiciales, no obedece a una naturaleza sancionatoria como la que se está imponiendo dentro de este proceso.
2. Conforme al código general del proceso, las costas judiciales y agencias en derecho debe probarse dentro del proceso la extensión de las mismas y no existe una prueba dentro de este proceso conforme a la cual deba condenarse por el monto de 10 salarios mínimos a Colfondos, teniendo en cuenta que, no ha dado pie con sus actuaciones a la demanda que se presenta en este momento. Dice que el juez lo fundamente en decir que debería haberse ya operado el traslado del régimen entre Colfondos y Colpensiones, pero pide tenerse en cuenta que no hay negligencia probada a Colfondos, que esta reconocía que tenía derecho, no existía problema, señala que está probada dentro del proceso la corrección que existía en ese momento de la historia laboral y que no se entiende por qué toma esa determinación Colpensiones, pero que no puede ser imputable a Colfondos.

Dice que no se le presentó la solicitud de traslado de régimen y tampoco lo puede hacer de oficio la administradora porque le estaría generando, un perjuicio peor porque no estaría técnicamente afiliado a Colfondos y tampoco le recibiría el traslado de aportes la Administradora Colpensiones. Menciona que teniendo en cuenta estas consideraciones, no

existe o no se sustenta la existencia de un vicio del consentimiento, se está en una nulidad por vía de la SU 062, jurisprudencia no aplicable a este caso concreto.

3. Indica que tampoco existe una negligencia por parte de Colfondos como se señala.

4. Señala que no puede irrogársele un lucro cesante cuando se está condenando exactamente al reconocimiento de la pensión en el monto determinado por parte del señor juez en Colpensiones, de tal manera que se estaría condenando dos veces por el mismo hecho y bajo los mismos conceptos menos aún indexadas y menos aún compartida, porque no existe una solidaridad en tal sentido por parte de Colfondos con Colpensiones.

5. Manifiesta que la condena por costas judiciales no tiene una naturaleza sancionatoria y no está demostrada con arreglo al Código General del Proceso el monto de las mismas en el proceso.

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) señor **Jairo Antonio Rincon Gonzalez** el día 28 de julio de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM; **3.** Si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional, a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 y al daño patrimonial en su modalidad de lucro cesante.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 28 de Julio de 2000 (fl.154).

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

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

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de el demandante. AFP Colfondos SA aporó: certificado de existencia y representación legal, formulario de afiliación, aviso publicado por Colfondos.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de julio 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 parcialmente a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 28 de julio de 2000, el demandante tenía 1071,14 semanas (fl.88), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 1 de agosto de 1955 – fl.28) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2017 (Actualmente ha cotizado más de 1536,71 semanas fl.74), 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 y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Conforme al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado del señor Jairo Antonio Rincon Gonzalez 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 Colfondos S.A, tales como aportes, rendimientos y 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, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Jairo Antonio Rincon Gonzalez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 28 de julio de 2000, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la historia laboral detallada y la totalidad de los aportes del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

Igual suerte corre las condenas por intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 y el daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante. Lo anterior puesto que como ya se dejó sentado, no hay lugar a imponer condena por pensión de vejez, tampoco es procedente el reconocimiento de intereses moratorios y lucro cesante, en consideración que Colpensiones solo se habilita para efectuar el reconocimiento pensional, una vez Colfondos le haya hecho la devolución de la totalidad de los aportes y demás adehalas ordenadas en esta sentencia.

Por tanto se revoca el reconocimiento pensional, lo mismo que los intereses moratorios y el lucro cesante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral tercero, y en consecuencia los numerales cuarto, quinto y sexto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, a favor de la aquí demandante.

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:

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 las costas. Numeral 1 del art 365 C.G.P. "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código."

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandadas porque considera que se causaron, 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 Colfondos S.A.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por el resultado de la alzada no hay lugar a condenar en costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, intereses moratorios y lucro cesante a favor del aquí demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, Pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por AFP Colfondos S.A, por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

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. 11001310500720190027401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720190027401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720190027401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 10-2018-00237-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ANA YANED SANDOVAL MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día el 15 de octubre del año 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.8)

La parte demandante (fls. 4-7), la parte demandada Colpensiones (fls.8-10) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 03 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Ana Yaned Sandoval Morales** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece

a folios 1 “medio magnético”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de la señora Ana Yaned Sandoval Morales con administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección SA (Antes ING pensiones y cesantías) por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas aquel le reportaría.
2. Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación de la señora Ana Yaned Sandoval Morales, con Protección S.A, debe trasladar todos los aportes junto con los rendimientos que actualmente tiene al régimen de prima media que es administrado por Colpensiones, por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.
3. Que se declare que Protección S.A debe enviar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, todos los detalles del traslado de aportes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
4. Que se declare que Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de la señora Ana Yaned Sandoval Morales, en el régimen de prima media con prestación definida desde su fecha inicial de afiliación.
5. Que se declare que Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe recibir todos los aportes junto con los rendimientos que actualmente tiene el fondo privado.
6. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación de la señora Ana Yaned Sandoval Morales con Protección S.A, se condene a la misma a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.
7. Que se condene a Protección S.A a enviar a Colpensiones el detalle del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación de la señora Ana Yaned Sandoval Morales.
8. Que se condene a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual a activar la afiliación de la señora Ana Yaned Sandoval Morales en el régimen de prima con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación, desde su fecha de afiliación.

9. Que se condene a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la señora Ana Yaned Sandoval Morales
10. Que 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 de Ultra y Extra petita.
11. Que se condene a Protección S.A, a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones folio 187 expediente digitalizado carpeta 01, AFP Protección S.A folio 295 expediente digitalizado carpeta 01, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado primero 1° transitorio laboral del circuito de Bogotá, en audiencia pública el 15 de octubre del año 2021 **ABSOLVIO** a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, **NO CONDENÓ** en costas, y **NEGÓ** las pretensiones enunciadas en la demanda de reconvención presentada por Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

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

En principio, considera que quedó claro que la entidad Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A sí faltó al deber de información impuesto a estas entidades desde el momento de su creación, en el escrito de contestación de la demanda, dicha entidad afirma que prepara debidamente a sus asesores y que siempre otorga una información clara, veraz y oportuna a todos sus afiliados pero

en el presente caso no presenta ni un soporte que dé cuenta de la información al momento de la asesoría o algún formato de asesoría cuando la demandante estaba próxima a cumplir los 47 años de edad.

Que tampoco allega al expediente algún tipo de protocolo, de formación o preparación para sus asesores, que quedan siendo puras y físicas afirmaciones carentes de sustento que no desvirtúan de ninguna manera las negaciones indefinidas en las que está soportado el escrito de demanda.

De igual manera, refiriéndose a lo indicado previamente en alegatos por parte de la pasiva, en cuanto a la reclamación administrativa que se eleva ante Colpensiones, manifiesta que corresponde a un requisito de procedibilidad y que no es necesario extender a las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad porque de igual manera había una negativa de Colpensiones, y frente al fondo privado sigue siendo la entidad que le negó a la demandante la información al momento de su afiliación tanto como al momento de que incurriera en la prohibición legal de la *ley 797 de 2003* entonces se pregunta ¿qué sentido tendría volver a presentarla para un afiliado al que le fue negada esa información?

Cita que La Corte Suprema de Justicia ya lo ha indicado, en la sentencia SL 373 de 2021, la misma constituye un solo pronunciamiento vs una línea jurisprudencial que viene absolutamente decantando el tema de la ineficacia de traslado que al momento de que su representada radica su demanda, naturalmente no existía un pronunciamiento que sobrevino a la presentación y todo el desarrollo procesal en el presente caso.

Manifiesta que es una providencia que tiene aún muchas hipótesis que no se han abarcado, que no hace aclaración frente a las distintas modalidades de pensión propias del Régimen de Ahorro Individual, que no hace distinción cuando es el fondo quien está haciendo el reconocimiento y pago de la pensión vs. cuando lo está haciendo una aseguradora y de igual manera, considera que tiene muchas hipótesis que si bien, intentó bajo ese pronunciamiento abarcar bajo la figura del status jurídico del pensionado, hay todavía demasiadas circunstancias y aristas que esa providencia aún no ha contemplado y que esa línea jurisprudencial, inexistente aún, porque solo es un pronunciamiento, definitivamente no ha desarrollado.

Por último, sustenta su recurso de apelación indicando que tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y atendiendo a las reglas específicas para los procesos de ineficacia de traslado, el formulario de afiliación no corresponde a una prueba fehaciente de información en los términos que la Corte Suprema lo ha estipulado para las Administradoras de fondos de pensiones y que en este caso fue el único

soporte que se allegó por parte de la entidad administradora demandada Protección S.A. de tal manera que solicita se revoque totalmente la sentencia para que su representada se le declare la nulidad e ineficacia al fondo privado.

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 **Ana Yaned Sandoval Morales** el 25 de febrero de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que 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 Protección S.A el 25 de febrero de 1999 con fecha de efectividad del 01 de abril de 1999 (fl.113 y 257 expediente digital)

Tampoco se encuentra en discusión, que la parte actora se le notificó el reconocimiento de la pensión vejez el 19 de julio de 2017 por parte de la AFP Protección S.A, conforme al trámite que inicio la actora en modalidad de retiro programado sin negociación del bono, y que con ocasión a ello se le reconoce la prestación económica de pensión de vejez anticipada y la AFP Protección S.A le paga desde el mes de agosto de 2017 la mesada pensional (folio 170 del expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera 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 adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: certificado de existencia y representación legal, historial SIAFP, solicitud de vinculación, reporte de pagos de pensión, estado actual de la cuenta de ahorro individual, formato de solicitud de pensión en modalidad de retiro programado sin negociación del bono del 30 de marzo del 2017, comunicación de reconocimiento de la pensión de vejez anticipada del 19 de julio de 2017. (folio 176-220 del expediente digital)

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que mediante documental visible a folio 134 del expediente digital, la AFP Protección SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la aquí demandante, le reconoció pensión por vejez anticipada a partir del 19 de julio de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, y que en cuantía para el año 2018 estaba por la suma de \$860.548 (folio 214 del expediente digital), percibiendo su mesada pensional mes a mes y hasta la fecha.

Frente al tema, es necesario traer a colación el reciente pronunciamiento proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021, en donde adocinó:

“...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 la 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.***

Agrega La Corte en la misma providencia que “... la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones...”

Y que “...Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora...”

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

“El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.”

Por lo anterior y teniendo en cuenta la calidad de pensionada de la parte demandante, no es posible recurrir a la súplica de la actora de declarar la nulidad e ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS al régimen de prima media con prestación definida RPM, teniendo en cuenta que es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, y un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, según lo adoctrinado por nuestro órgano de cierre.

Por las razones expuestas, forzoso es **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a las entidades demandadas y declarar probada la excepción de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

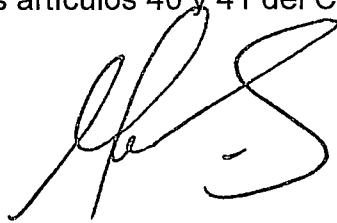
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021 por el Juzgado 1° transitorio 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. 11001310501020180023701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501020180023701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501020180023701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 12-2019-00660-02

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: LUZ DARY FLOREZ QUIÑONEZ
DEMANDADO: AFP COLFONDOS SA
COLPENSIONES
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 69 del CPT y la SS.

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus 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 106)

La parte demandada Colpensiones (fls.99-105) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Luz Dary Florez Quiñonez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Colfondos SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado o nulidad del traslado del RPM al RAIS de la demandante.
2. Se ordene a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales, los bonos, rendimientos y deducciones por administración al igual que los descuentos de seguros.
3. Se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir los dineros provenientes de Colfondos S.A.
4. Se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral de la señora demandante, una vez se haya recibido la totalidad de los dineros por parte de Colfondos S.A.
5. Se condene en ultra y extra petita.
6. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda Colpensiones (fl.35-41) de acuerdo al auto del 16 de octubre de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo. AFP Colfondos S.A. no se opone a las pretensiones. (fl.66)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al RAIS, materializado el 1° de abril de 1998, a través de Colfondos S.A. **DECLARÓ** válidamente vinculada la demandante al RPM administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS. **CONDENÓ** a Colpensiones, a recibir todos los valores que reintegre Colfondos S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora demandante al RAIS, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones. **CONDENÓ** en costas a Colfondos S.A. y a favor de la demandante, la suma de \$2.000.000. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el artículo 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 Colfondos SA efectuado por el (la) señor(a) **Luz Dary Flórez Quiñonez** el día 14 de febrero de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos SA 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 Colfondos S.A. el día 14 de febrero de 1998 con efectividad a partir del 1 de abril de 1998. (fl.19)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos S.A. no aportó documentos.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de febrero 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 14 de febrero de 1998, el(la) demandante tenía 111,14 semanas (fl 21) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 25 años (nació el 30 de julio de 1969 – (fl 15) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría pensionarse en el año 2026 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 972,14 semanas – (fl 21 y fl 24), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que

efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Luz Dary Flórez Quiñonez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 14 de febrero 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:

Sin costas en esta instancia por estarse conociendo el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de julio de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá,

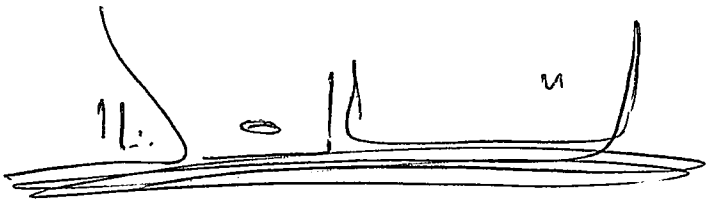
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

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. 11001310501220190066001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190066001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220190066001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2019-00724-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: EDUARDO URIBE ORDOÑEZ

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre 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 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 (fl116)

La parte demandante (fl.103 ss), la parte demandada Colpensiones (fls.107 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Eduardo Uribe Ordoñez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Protección SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que el demandante se afilío al régimen de pensiones administrado por el extinto ISS, a partir del mes de junio del año 1986, entidad a la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, hasta el mes de diciembre del año 1994.
2. Se declare que el demandante se trasladó al RAIS a través de AFP Protección S.A., a partir del mes de enero del año 1995, mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al ser inducido a error por parte del asesor de ese fondo privado.
3. Se declare que, al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de enero de 1995, el demandante contaba con 382,71 semanas cotizadas en el RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.
4. Se declare que al momento de verificar su traslado de pensiones en el mes de enero del 1995 el demandante contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM, acorde a los condicionamientos contenidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, norma más beneficiosa para la acusación de su derecho pensional.
5. Se declare que la AFP Protección S.A., omitió su deber de informar y asesorar de manera suficiente al demandante sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen previo a disponer su afiliación al RAIS.
6. Se declare que, con ocasión del traslado de régimen de pensiones en el mes de enero de 1995, y debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado, el demandante perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual sistema de seguridad social en pensiones administrado por Colpensiones.

7. Se declare que el demandante fue inducido a error por parte de AFP Protección S.A., quien no cumplió su obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado a la demandante, con lo cual se causó grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional.
8. Se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones que el demandante hizo del hoy extinto ISS a la AFP Protección S.A., administradora del RAIS, en el mes de enero de 1995.
9. Se disponga, por efecto de la nulidad deprecada, las cosas deben volver a su estado anterior y, en tal sentido, se ordene el retorno automático del demandante al RPM administrado actualmente por Colpensiones.
10. Se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante, atendiendo la nulidad de la afiliación al RAIS administrado por AFP Protección S.A.
11. Se ordene a Protección S.A. que por virtud del regreso automático del demandante al RPM administrado por Colpensiones, se devuelva a esta última todos los valores que hubiere recibido en condición de administradora del RAIS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros; con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubiere causado.
12. Se condene a lo que resulte de las facultades extra y ultra petita.
13. Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, en caso de oposición.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Protección SA (fls.90 medio magnetico) y Colpensiones (fls.65-71) de acuerdo al auto del 25 de Noviembre de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 14 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Eduardo Uribe Ordóñez al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado el primero de junio del año 1994, a través de PROTECCIÓN conforme lo expuesto. **DECLARÓ** válidamente vinculado al señor Eduardo Uribe Ordóñez al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. **CONDENÓ** a la administradora de fondos

de pensiones y cesantías Protección a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Eduardo Uribe Ordóñez, como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos y rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A con motivo de la aclaratoria de ineficacia de la afiliación del señor Eduardo Uribe Ordóñez al régimen de ahorro individual con solidaridad y, una vez ingresen los dineros, a actualizar su información en el historial laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandas. **CONDENÓ** en costas en esta instancia a la administradora de fondos de pensiones y cesantías, Protección S.A., y a favor del demandante, incluyendo por concepto de agencias en derecho, la cantidad de 2 millones de pesos. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Gastos de administración

Interpone el recurso de apelación de manera parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por gastos de administración, entiéndase las comisiones de administración cobradas y lo descontado por primas de seguros previsionales.

Señala que este es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en su artículo séptimo y el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa, como se realiza frente a cualquier entidad administradora de pensiones de cualquiera de los dos regímenes, sea el de ahorro individual o el de prima media.

Manifiesta que el descuento se realizó en su momento como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso del demandante, lo cual se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros, que se generó en su cuenta de ahorro individual y que ascienden a 205%, lo cual dice se puede evidenciar de la cuenta de ahorro individual, del certificado de la cuenta de ahorro individual obrante dentro del plenario.

Expresa que no hay lugar a devolver estos dineros en razón que se trata de valores ya causados durante la administración de los recursos del fondo de pensiones y el cobro de estos dineros de administración, se realizada como es permitido frente a cualquier entidad financiera.

Habla de las prestaciones acaecidas, teoría que dice fue puesta de presente por la misma Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, en sentencia de radicado 32980 y 9 de septiembre del 2008, Magistrado ponente Dr. Eduardo López Villegas, y cita *“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 que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieran dado, recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del Derecho laboral u obra en el de la Seguridad Social”*.

Pide tenerse de presente que frente al cobro del 3% destinado para la Comisión de Administración y para financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, operar la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que impone la ley. Además, este menciona que es un concepto que ni siquiera financia directamente la prestación económica por vejez.

Manifiesta 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.

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 Uribe Ordoñez** el día 31 de mayo de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección SA 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 Protección SA el 31 de mayo de 1994 con efectividad a partir del 1 de junio de 1994. (fl 90 “contestación.pdf” página 89)

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

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

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

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

lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 adocinado, 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. AFP Protección aportó: Formulario afiliación, respuesta derecho petición de septiembre 18 de 2019, historia laboral OBP, movimiento cuenta de ahorro individual, historia laboral, certificado SIAFP, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, 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 31 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en

dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 31 de mayo de 1994, el(la) demandante tenía 382,14 semanas (fl 90 “contestación.pdf” página 72) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 15 de mayo de 1962 – fl.29”) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2024 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.686,43 semanas – (fl 90 “contestación.pdf” página 72), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección S.A. 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 adocrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Protección 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 señor **Eduardo Uribe Ordoñez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Protección el 31 de mayo de 1994.

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 AFP Protección S.A., habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de 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 14 de septiembre de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

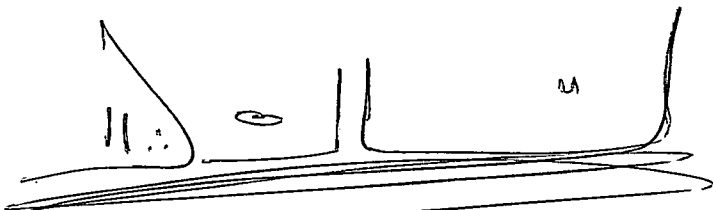
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220190072401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190072401)

Adelano Volto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220190072401)



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

Radicación No. 12-2019-00752-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GIANCARLO ARIZA MERELLO

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP SKANDIA SA
COLPENSIONES

ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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., Skandia S.A, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre 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 n.º 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 139 del expediente.

La parte demandante (fl. 161- 165), la parte demandada Porvenir S.A. (fls. 120-128) Colpensiones (fls.129-138) y Skandia S.A (fls. 166-184) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **Giancarlo Ariza Merello** instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Porvenir SA, y AFP Skandia S.A, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad e ineficacia de la continuidad en la vinculación al régimen de ahorro individual con AFP Horizonte hoy Porvenir S.A y Old Mutual, toda vez que carece de toda validez por existir vicio del consentimiento del afiliado.
2. Que se declare que Horizonte hoy Porvenir S.A y Old Mutual, no asesoraron conforme a la ley, al señor Giancarlo Ariza Merello, para escoger la mejor opción de pensión.
3. Que se declare válida la voluntad de Giancarlo Ariza Merello, de estar afiliado a Colpensiones.
4. Que se declare y ordene a Horizonte hoy Provenir S.A y Old Mutual, a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados.
5. Que se declare y ordene a Colpensiones a recibir el traslado de régimen, los dineros que se ordene a trasladar a Horizonte hoy Porvenir y Old Mutual los cuales son necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez al demandante y que la misma se mantuvo sin disolución.
6. Que se ordene a Horizonte hoy Porvenir S.A, y Old Mutual, a procesar y tramitar el traslado de régimen al demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones de forma inmediata.
7. Que se condene a Horizonte hoy Porvenir S.A, y Old Mutual, asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia, y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones.
8. Que se declare y condene a lo Extra y Ultra petita como resultado de lo que se pruebe dentro del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.104 digital), AFP Skandia SA (f.107 digital) y Colpensiones (fl. 81digital) de acuerdo al auto del 12 de abril de 2021. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 01 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Giancarlo Ariza Merello al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado el primero de octubre de 1996, a través de HORIZONTE pensiones y cesantías conforme a lo expuesto. **DECLARÓ** válidamente vinculado al señor Giancarlo Ariza Merello al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES conforme a lo expuesto **CONDENÓ** a SKANDIA administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., a devolver a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor Giancarlo Ariza Merello, como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieran causado, y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad **CONDENÓ** a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a devolver a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a través de SKANDIA administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A, los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación del señor Giancarlo Ariza Merello al régimen de ahorro individual con solidaridad, durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, incluidos los cobrados por HORIZONTE y COLPATRIA. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SKANDIA administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor Giancarlo Ariza Merello al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **CONDENÓ** en costas de esta instancia a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, a favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho, la cantidad de 2 millones de pesos.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandada (Skandia S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Sustenta el recurso contra la sentencia proferida en primera instancia en cuanto a los gastos de administración, sustenta que en los términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la tasa de cotización es del 13.5% del ingreso base de cotización, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% al ingreso base de cotización, del ingreso base de cotización se destinará al fondo de Garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante, se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, esto en concordancia con el artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008.

Manifiesta que, la Superintendencia financiera, a través del concepto bajo radicado número 2019 - 152169003000, de fecha 15 de enero del 2020, indicó que: “Este despacho considera que, al decretarse la nulidad de ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuado por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos” De allí que, de la de la normatividad aplicable al caso concreto, como conceptos de los entes de control, se funge que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de Comisión de Administración dado que éstas se destina una parte para pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a las aseguradoras para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor y, por tanto, estos recursos ya no se encuentran en las arcas de la AFP a la que representa.

Igualmente, sustenta que no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por Comisión de Administración, teniendo de presente que dichos recursos fueron

utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante y, siendo ineficaz del traslado, daría a devolver los mismos como lo indica la Superintendencia financiera a través del precitado concepto. Finaliza.

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

Solicita al honorable Tribunal, se sirva revocar la decisión adoptada, teniendo en cuenta que, es importante señalar que, no existe ningún tipo de vicio que dé lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado. Adicional a lo anterior, la decisión adoptada resulta contraria al principio de seguridad jurídica, debe memorarse, que éste señala que el Estado no puede alterar de manera súbita las reglas de juego que regulan las relaciones entre ellos <entre el Estado y los particulares> tal como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia. C - 131 del 2004, donde indicó: *“el principio de la confianza legítima, es un coronario de la buena fe y consiste en que el Estado no puede, súbitamente, alterar las reglas de juegos que regulan sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos un período de transición para que ajusten sus comportamientos a una nueva situación jurídica”*. Esto en tanto a la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia, le viene restando valor probatorio del formulario de afiliación, documento que, conforme al artículo 11 del Decreto 692 del 94, constituía plena prueba tanto de la existencia como de la validez del acto de afiliación, viniendo ahora a exigir pruebas adicionales cuando es bien sabido que no existen, puesto que para la época ninguna AFP tenía la obligación de guardar documentos diferente al documento de afiliación, lo que ha llevado a que se encuentren sujetas al mero dicho de quienes demandan la ineficacia del traslado, porque pues también estas personas no han realizado ningún esfuerzo probatorio en determinar que no se les brindó información.

Sostiene que, con fundamento en el principio de seguridad jurídica y conforme al formulario de afiliación, válidamente incorporado como prueba, debe darse por acreditado el deber de brindar información que le asistía a su representada, bueno particularmente a HORIZONTE en el momento en que se realizó la filiación del actor, su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Para esta época los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías en otros documentos diferentes al formulario, ya que, en este sentido, considera que la carga que ha venido imponiendo la jurisprudencia frente al aporte de otro documento, resulta desmedida, haciendo necesario, exigiendo que prácticamente la información

suministrada por la AFP y sus asesorías deban ser valoradas bajo la normativa vigente a la fecha de suscripción del formulario.

Ahora, considera que dentro de la provincia de emitida por esta instancia, se desconoció lo manifestado por la parte actora en el interrogatorio, lo cual dio cuenta de su conocimiento frente a los aspectos básicos de funcionamiento de los regímenes pensionales y las condiciones pensionales del RAIS, circunstancia que debe llevar a tener por acreditado el deber de brindar información que le asistía a la representada, en tanto la jurisprudencia ha venido a señalar que, para la época de su afiliación, esto es para el año 2000, nos encontrábamos en lo que se denomina “la etapa de información” y por ello lo indicado por la parte actora resulta suficiente para tener por acreditado el requisito exigido frente a su representada.

De igual manera, considera que debe tenerse en cuenta que en el caso puntual del actor se realizaron distintos traslados horizontales entre varios regímenes y en este caso solicito al honorable Tribunal se sirva valorar la sentencia SL- 2220 emitida con fecha 25 de marzo del 2020, con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz segura, en la cual todo en cuenta los múltiples traslados efectuados por la demandante dentro del RAIS para desacreditar la afirmación relativa a la falta de asesoría y/o engaños en el traslado, circunstancia que también se advierte en el caso.

Puntualmente en lo que tiene que ver con la condena a su representada a devolver los gastos de administración, solicita que se revoque el numeral pertinente, teniendo en cuenta que el descuento del 3% de la cotización de la hoy actora, mientras estuvo vinculada con PORVENIR, obedece a la expresa autorización señalada por el legislador en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, considera importante aclarar que dentro de la presente sentencia se declaró la ineficacia del traslado del régimen al individual de solidaridad, declaratoria que al ritmo de la ley tendría como consecuencia el excluir todo efecto jurídico del acto contractual, en este caso de la afiliación realizada, lógica frente al local resulta absolutamente contrario el que se obligue a restituir los gastos de administración que, por expresa habilitación legal, había deducido de las cotizaciones, cuando, por otra parte, la actora está habilitada para conservar los rendimientos financieros que se generaron sobre los aportes consignados y registrados en las cuentas de ahorro individual.

Pese a que la misma declaratoria de ineficacia, considera se debe tener que el actor nunca perteneció al RAIS y solo este régimen genera este tipo de rendimientos, los cuales también fueron causados, vale la pena resaltar, a raíz de la adecuada gestión de la representada, quien en apego a la ley y de buena fe,

buscó brindar un buen servicio a su afiliado, pero pese a ello, ahora debe soportar un detrimento patrimonial injustificado.

Manifiesta que lo anterior da la apariencia que el Juez solamente reconoce los efectos de la ineficacia frente a la parte actora, pero no hay gente así frente a mi representada, se insiste con la decisión adoptada, que se desconoce que los descuentos referidos estaban habilitados en la Ley y, pese a la buena gestión del fondo, se autorizó la configuración de un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante que estaría recibiendo unos rendimientos, fruto de la buena gestión de la AFP, sin hacer ningún reconocimiento por este concepto, con claro desmedro del patrimonio del fondo, vulnerando su derecho a la igualdad de este y privilegiando de manera injustificada a una de las partes del contrato, con lo cual se desfigura la ineficacia y se deja de lado que el fondo actuó bajo el código de la ley, así como de buena fe.

Considera el apoderado importante también resaltar que el traslado de recursos entre regímenes es un asunto que ya se encuentra regulado en la ley, es así que el artículo séptimo del Decreto 3935 de 2008 establece como conceptos a trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, más los correspondientes rendimientos y los dineros destinados a garantizar la pensión de garantía mínima, sin que ninguno de sus apartes mencione los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, pues los primeros corresponden al reconocimiento que recibe el fondo por la gestión de administración ejecutada sobre las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual y las segunda es a dineros que no están en la citada cuenta, pues solo se generan cuando se reproducen algunas de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, circunstancia que resalta como concordante con lo señalado en forma reciente por la Superintendencia financiera en sus conceptos, en donde ha indicado que los gastos de administración no son rubros que deben ser devueltos por el fondo.

Frente a la condena en costas, solicita se revoque. Que debe recordarse que la condena en costas, conforme lo señala el Código General del proceso, obedece a los gastos en que se ha incurrido para el desarrollo del proceso y no tienen la naturaleza de una sanción; en este caso considera que resulta injustificado del hecho de que solamente sea PORVENIR a quién se le condene al pago de las mismas cuando, pues también resultan vencidos en juicio SKANDIA y COLPENSIONES, entonces, bajo los argumentos brevemente expuestos, solicito al honorable Tribunal se sirva revocar en su integridad la decisión adoptada por el Juez de instancia.

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

Sostiene que el afiliado al régimen de ahorro individual, quien funge como demandante dentro del proceso, se encuentra inmerso dentro de la prohibición estipulada en la ley 797 del 2003, razón por la cual impide el regreso al régimen de ahorro individual.

De otro lado, solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral y a sus honorables Magistrados, revocar la sentencia en lo desfavorable en cuanto a que se han configurado actos de relacionamiento que configuran y que exteriorizan la voluntad del hoy demandante, actos de relacionamiento consistentes en sucesivos traslados dentro del régimen de ahorro individual que indican el ánimo de permanencia.

Que en el interrogatorio de parte, se confiesa por parte del demandante haber realizado aportes voluntarios a pensión, aportes que configuran el animus de permanecer en el régimen de ahorro individual y el conocimiento, más aún, del régimen de ahorro individual, conocimiento que indica, según palabras del hoy demandante, que esos aportes podrían llegar a funcionar como financiación de una posible mesada pensional, y en atención a las respuestas dadas por el demandante, se configura un conocimiento dentro del régimen de ahorro individual, conocimiento que le llevó a realizar estos aportes voluntarios y que los mismos aún se encuentran consignados en la cuenta de ahorro individual, según dicho del declarante en esta cuenta de la AFP SKANDIA.

También solicita al honorable Tribunal revocar la sentencia en cuanto a la devolución del afiliado al régimen de ahorro individual a retornar al régimen de prima media con prestación definida, dada la protección de la salvaguardia de los recursos de la Seguridad Social en pensiones, dado que el retorno del afiliado generaría un detrimento pensional en cuanto a la posible mesada pensional que se pudiera llegar a otorgar dentro de este régimen de prima media, en razón a que el sistema de financiamiento, dentro del régimen de prima media y al régimen de ahorro individual, es totalmente diferente. Razón a que en el régimen de ahorro individual hay un esfuerzo por parte del afiliado, de conocimiento, en cuanto a las cotizaciones que se efectúen para financiar su mesada pensional, de acuerdo a las variables que se configuran al reconocimiento de un posible Derecho pensional dentro de este régimen. En cambio, dentro del régimen de prima media se configura un ahorro solidario y que el mismo también está financiado y subsidiado por el Estado.

Que en atención a la sentencia 1008 y a la Aclaración de voto de la sentencia 1452 del Dr. Rigoberto Echeverri bueno, que indica que no es posible acceder a una declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional cuando el plan de pensiones no resulta acorde a las expectativas del afiliado y no resulta prudente declarar esta ineficacia en aras de la salvaguarda de los recursos de la Seguridad Social en pensiones. Como en este caso, se ha configurado un interés meramente económico y con el pretexto de una falta de información, saltar la prohibición estipulada que impide el retorno del afiliado, válido a hoy, en el régimen de ahorro individual y retornar a COLPENSIONES, solamente con el ánimo de obtener una mesada pensional más elevada, sin tener derecho a ella, en razón a la afiliación que se encuentra probada dentro del expediente. Finaliza.

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 y AFP Skandia SA efectuado por el (la) señor(a) **Giancarlo Ariza Merello** el día 27 de agosto de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA y AFP Skandia SA devuelvan 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 Colpatria SA hoy Porvenir S.A el 27 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1996 y que posteriormente por fusión de las compañías de Colpatria hoy Porvenir S.A queda en AFP Horizonte el 29 de septiembre del 2000 con fecha de efectividad del mismo día (fl.114 expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales

debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir y AFP Skandia aportaron: copia de formularios de afiliación suscrito por el demandante, copia de relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, copia de la relación de aportes de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, copia de asofondos SIAFP, copia de publicación diario El tiempo del 14 de enero de 2004 con comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de agosto de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 el 27 de agosto de 1996 , el(la) demandante tenía 611 semanas (fl 54) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 14 de agosto de 1959– fl.30) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2021 en el RPM, (a junio 30 de 2019 ha cotizado más de 1.283.86 semanas – (fl.54), de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir, Skandia y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Porvenir relacionada con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)."

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Skandia S.A. 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Skandia 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 señor **Giancarlo Ariza Merello** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colpatría hoy Porvenir S.A el 27 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1996 y que posteriormente por fusión de las compañías de Colpatría hoy Porvenir S.A queda en AFP Horizonte el 29 de septiembre del 2000 con fecha de efectividad del mismo día (fl.114 expediente digital)

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:

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 las costas. Numeral 8 del art 365 C.G.P. “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandada Porvenir S.A porque considera que se causaron, Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a todas las demandadas porque consideró 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:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA, AFP Skandia 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.

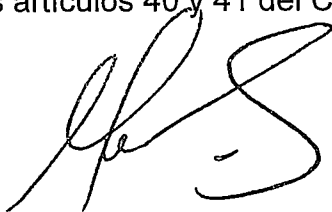
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, en sentencia proferida el 01 de septiembre de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

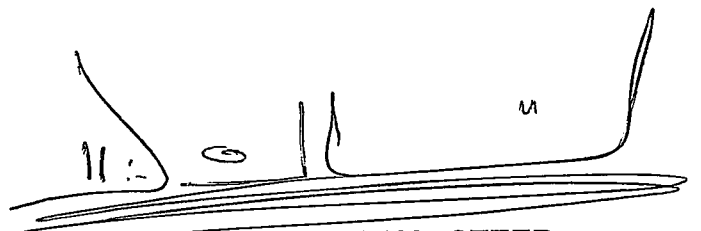
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220190075201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190075201)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220190075201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación Proceso especial de Fuero Sindical No. 12-2021-00145-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **JONNY SOCARRAZ REALES**
DEMANDADO: **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA SA**
ASUNTO: **RECURSO APELACION (DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 117 del CPT y SS.

El apoderado de la parte demandante, así como de la demandada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JONNY SOCARRAZ REALES instauró demanda especial de fuero sindical por desmejora en las condiciones laborales en contra de FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA SA, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que se declare que el demandante JONNY SOCARRAZ REALES le fueron desmejoradas sus condiciones laborales, con ocasión de la suspensión de su contrato de trabajo.
2. Que se declare que la sociedad demandada FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA SA, no solicitó el permiso del Juez Laboral para desmejorarle las condiciones laborales al actor.

CONDENAS:

1. Restablecimiento de las condiciones laborales del actor.
2. Pago por concepto de indemnización por la desmejora en las condiciones de trabajo del actor sin previo permiso otorgado por el Juez Laboral competente:
 - 2.1. Los salarios con los respectivos aumentos legales o convencionales causados desde el 11 de diciembre de 2020 hasta que se restablezcan las condiciones laborales del demandante.
 - 2.2. Las prestaciones sociales legales y extralegales y demás derechos de carácter laboral causadas desde el 11 de diciembre de 2020 hasta que se restablezcan las condiciones laborales del demandante.
 - 2.3. Las prestaciones convencionales causadas desde el 11 de diciembre de 2020 hasta que se restablezcan las condiciones laborales del demandante.
 - 2.4. Pagar la sanción moratoria por el no pago o consignación de las cesantías que se generen desde la fecha del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.
 - 2.5. Pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías que se generen desde el despido hasta que haga efectivo el reintegro y las que se llegaren a causar.
 - 2.6. Costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones indicó en síntesis que, el actor tiene una relación laboral con la demandada FENOCO, quien recibía una remuneración básica mensual de \$2.433.295. Que el demandante está afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria metal – mecánica, metálica, metalúrgica, siderúrgica, electro metálica, ferroviaria, comercializadoras y transportadoras afines y similares del sector "SINTRAIME". Que el actor forma parte de la Junta Directiva

de SINTRAIME, desempeñando el cargo de Secretario de Prensa y Propaganda, razón por la cual es trabajador de la garantía de fuero sindical.

Que mediante misiva del 10 de diciembre de 2020, la demandada FENOCO le notificó al demandante la determinación de suspenderle de manera indefinida el contrato de trabajo, lo que implica la sustracción de la obligación legal del pago de salario y prestaciones sociales legales y extralegales, modificando y desmejorando las condiciones laborales al demandante, sin que FENOCO solicitara autorización judicial por parte del Juez del trabajo para desmejorar las condiciones laborales del actor.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La sociedad demandada, contestó la demanda (Archivo 009. CONTESTACION FUERO JONNY SOCARRAZ REALES folios 132 a 183), de acuerdo al auto proferido dentro de la audiencia del 29 de septiembre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de octubre de 2021, **DECLARÓ** que el demandante JONNY SOCARRAZ REALES se encontraba amparado con fuero sindical, conforme lo expuesto.

DECLARÓ que la empresa FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A., desmejoró las condiciones del trabajo de su empleado JONNY SOCARRAZ REALES, con ocasión de la suspensión del contrato que tuvo vigencia desde el 11 de diciembre de 2020 hasta el 2 de julio de 2021.

DECLARÓ que la suspensión del contrato de trabajo del señor JONNY SOCARRAZ REALES es ineficaz porque no se demostró, ni se configuró la existencia de una fuerza mayor y/o caso fortuito.

CONDENÓ a la empresa FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. a pagar al demandante, a título de indemnización, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 11 de diciembre de 2020 hasta el 2 de julio de 2021, así:

- Por salarios: \$30.058.873,60
- Por cesantías: \$ 2.504.906,13
- Por intereses a las cesantías: \$187.032,99
- Por prima de servicios: \$2.504.906,13

Para un total de \$35.255.718,86

ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones contenidas en la demanda. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas, conforme lo expuesto. No condenó **costas**.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL DEMANDANTE:

Interpone recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, para que en su lugar se absuelva a la entidad demandada de las pretensiones incoadas por el señor JONNY SOCARRAZ REALES, toda vez que de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario que dan cuenta de la situación particular de FENOCO, que suspendió la operación de la PRODECO, de Carbones de la Jagua, del Consorcio Minero Unido, desde el 24 de marzo de 2020, y de las operaciones de las minas del latillo y a Francia de Colombia Natural Recourse, desde el mes de julio, lo cual ha generado la reducción considerable de los ingresos de FENOCO, es decir, desde la comunicación en la que se le indica al demandante que se va a suspender su contrato de trabajo, haciendo alusión, no solo la evidente disminución de ingresos, sino de producción de la Compañía, y por tal razón, se vieron en la obligación de suspender el contrato del demandante, al estar frente a una causal de caso fortuito o fuerza mayor.

Teniendo en cuenta lo anterior, existen razones objetivas que dan cuenta que FENOCO no esta operando, debido a la reducción de PRODECO, esto es, por la reducción de su cliente CARBONES DE LA JAGUA, la reducción del CONSORCIO MINERO UNIDO, condiciones que fueron las mismas plasmadas en la carta de suspensión del contrato de trabajo del actor, y que fue remitida al Ministerio de Trabajo, respecto del aviso de suspensión, y si bien no se relaciona la norma taxativa en la cual se basa la suspensión,

haciendo un mutatis mutando, el Art. 64 señala las causales que puede utilizar la Compañía o una empresa para dar por terminado un contrato de trabajo, hechos que deben ser relacionados taxativamente, y frente a los cuales no le es dable modificar con posterioridad, sin embargo, lo que el Juzgado extraña es la relación de la norma de manera taxativa en la carta de suspensión, situación que a todas luces no invalida la comunicación entregada al demandante, pues si se mencionan los hechos que se hacen alusión y que motivaron a la suspensión del contrato de trabajo, correspondiente a una fuerza mayor y caso fortuito, en los términos del artículo 44 del Decreto 1469 de 1978, en concordancia con el numeral 2 del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, artículo 51 numeral 1 del CST.

Por otro lado, si bien el Juzgado indica que la compañía demandada solo informó al Ministerio de Trabajo 23 días después de la entrega de la carta de suspensión al demandante, tal apreciación no es cierta, como quiera que, en dicho momento se remitía vía correo electrónico las solicitudes ante el Ministerio de Trabajo, al correo electrónico solucionesdocumentales@ministeriodeltrabajo.com, Vicepresidencia de relaciones laborales – inspección, dirección territorial Bogotá, así pues, la comunicación fue remitida el 10 de diciembre de 2020 a las 16:13 minutos, esto quiere decir que la accionada si dio cumplimiento a su obligación de informar al Ministerio de trabajo sobre la consolidación de una fuerza mayor que impedía la ejecución de los contratos de trabajo.

2. **CONFIGURACIÓN DE FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO:** Señala que si bien para el Juzgado, el argumento expuesto en la carta de suspensión del contrato de reducción de producción no es configurativa de causal de fuerza mayor ni de caso fortuito que den lugar a la suspensión del contrato de trabajo, toda vez que el actor no puede participar de las pérdidas de la Compañía, lo cierto es que no es viable el mantenimiento de una operación, cuando la reducción de la operación es de un talante tan importante, de un 27% en la reducción de operaciones y de ingresos, de manera que es lógico que si tiene una reducción de ingresos y de operación, ya no va a necesitar el mismo volumen de trabajadores, por lo tanto, no es necesario que la compañía hubiese tenido que probar la reducción TOTAL de la producción, y que se acabara prácticamente la compañía para poder proceder a la suspensión del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que se suspendió de manera proporcional los contratos de trabajo, que al hacer el análisis es inferior el número de contratos suspendidos, respecto de la

disminución de la operación, de manera que, la demandada si tenía completa justificación para suspender el contrato del trabajador, en tanto que los elementos principales que constituyen la materialización de la fuerza mayor es el hecho alegado precisamente que debe ser imprevisible, inesperado y repentino, evidentemente, la compañía nunca se imaginó que para marzo de 2020, llegaría la Pandemia por el COVID-19, la cual atentó directamente la producción de la compañía y que afectó además a sus clientes, por lo que todos éstos vieron de manera abrupta la disminución de su producción, hecho que fue completamente inesperado, además de irresistible, hecho que no se pudo controlar, tal situación es señalada por los testigos, quienes indicaron que la DRUMMOND pasó de trasladar 16 trenes, a 13 diarios, que PRODECO pasó de trasladar 8 trenes diarios a cero, CNR se retiró completamente de la operación y paso de un promedio de 3 meses de lo que transportaba normalmente por día, y de tal manera la producción de la accionada se vio completamente afectada, y en ese sentido, pagar una nómina de 4000 millones de pesos, evidentemente no era sostenible.

En otro giro, señala que otro elemento constitutivo de fuerza mayor, es el hecho que no sea imputable a quien lo alega, lo que quiere decir que el acto que se reputa como irresistible, no pueda ser causado directamente por la acción u omisión de la empresa, en este caso de la demandada, pues no disminuyó su línea férrea a propósito, sino que los clientes con los que trabaja la demandada se disminuyó en su línea de producción, y en consecuencia, los ingresos de la demandada.

3. **PRUEBAS APORTADAS:** Indica además que se aportó no solamente el contrato de trabajo del actor, sino la comunicación de suspensión, además las comunicaciones remitidas al Ministerio de Trabajo, y demás documentos con los cuales se demuestran que los clientes de la demandada le manifestaron que no utilizarían mas la línea férrea, y que no era posible continuar con la operación, y que se había solicitado el permiso ante la Agencia Nacional de Minería para disminuir o suspender las obligaciones contractuales con las que contaban en su momento, y a pesar de haber acatado las recomendaciones que le dio el Ministerio de Trabajo para evitar la suspensión de contratos de trabajo, lo cierto es que la demandada agotó todas las instancias previas a la suspensión del contrato de trabajo, tales como teletrabajo, modificaciones de la jornada, generación de vacaciones, pese a la disminución de ingresos y productividad, sin embargo, se tuvo que

llegar a la decisión en diciembre de 2021 de suspender los contratos de trabajo.

4. **FUNCIONES DESEMPEÑADAS POR EL DEMANDANTE:** Ahora, señala que las funciones desempeñadas por el demandante consistían en el manejo y mantenimiento de una máquina especial para el mantenimiento de la vía, sin embargo, ante la reducción de la operación, igualmente se reduce el uso de la vía férrea, por tal razón, y en tal sentido, igualmente se reduce el mantenimiento de la misma.
5. **PAGO DE PRESTACIONES:** En el caso que se confirme la sentencia, señala que no es procedente el pago de las condenas allí establecidas, como quiera que el demandante no prestó sus servicios, en atención que se encontraba suspendido su contrato de trabajo, y en ese sentido, al no haber prestado sus servicios, no le genera a la demandada el pago de salarios a favor del actor.
6. **ACUERDO DE TRANSACCIÓN:** Por otro lado, si bien el Juzgado declaró no probada la excepción de cosa juzgada, lo cierto es que es posible transigir algunos derechos, que no sean ciertos e indiscutibles, y que, según eso, el Acuerdo Transaccional celebrado por las partes se indicó: *“La terminación del contrato es irrevocable y opera de manera inmediata el 2 de julio, al tiempo que no procede ningún tipo de sanción o indemnización, ni se condiciona de forma alguna. El trabajador manifiesta de forma libre, voluntaria y sin ningún vicio, de la voluntad, error fuerza o dolo, y plenamente consiente que el empleador consignó oportunamente las cesantías en el fondo, que pagó conforme la Ley y lo convenido, la totalidad de salarios, descanso, recargos por trabajo extra, trabajo extra nocturno, subsidio de transporte, recargo por trabajo nocturno, trabajo suplementario, reconocimiento de los compensatorios causados, auxilios, beneficios y prerrogativas legales y extralegales (...) Por la cual, el trabajador declara expresamente a paz y salvo al empleador, como a sus filiales y subsidiarias”*. En ese sentido, el argumento expuesto en primera instancia de no darle validez al Acuerdo transaccional celebrado entre las partes, no es correcto, como quiera que no es cierto que se trate de derechos ciertos e indiscutibles los salarios supuestamente causados por el actor, teniendo en cuenta que el trabajador no causó salarios, pues no prestó ningún servicio, por lo que no hay ningún derecho cierto que el trabajador haya causado, y que la demandada no haya cancelado, porque bajo ese argumento, entonces

ningún proceso podría ser conciliado ni siquiera ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, trayendo a colación la sentencia 63129 del 29 de mayo de 2019, de manera que no entiende la razón por la cual, el Juzgado no solo no consideró que no hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada, sino que tampoco, declaró la excepción de pago y compensación, toda vez que las partes así lo pactaron.

7. LIQUIDACIÓN EFECTUADA EN PRIMERA INSTANCIA: Finalmente, señala que la liquidación realizada por el Juzgado no es clara respecto al valor de los salarios, en tanto que señala que la suma total arroja un valor de \$35.255.000, sin embargo, al realizar las operaciones aritméticas, arroja un valor inferior. Ahora, si se tuvo en cuenta el salario de \$4.035.742, el mismo corresponde únicamente para el año 2021, por lo que si se tomó dicho salario para calcular las prestaciones que fueron condenadas, estaría mal liquidada, como quiera que se comprueba con los desprendibles de nómina, el salario que devengaba el demandante para el momento en que salió a la suspensión de su contrario el cual asciende a la suma de \$3.956.222, razón por la cual solicita se revise la liquidación efectuada por el Juzgado.

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:

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la suspensión del contrato de trabajo del demandante por no haberse solicitado previamente autorización judicial para ello y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes del pago de la indemnización y al pago de salarios y prestaciones dejadas de recibir con ocasión de la suspensión de los contratos de trabajo del actor.

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical

5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.

5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,

“A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse “inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador”¹, habida cuenta que “el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa

¹ Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: *“Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se “ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia” y “se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto”, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961. Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo”*.

causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración”².

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad³. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001⁴, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral⁵.

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir⁶.»

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical.

² *Idem.*

³ T-029 de 2004, T-731 de 2001

⁴ T-253 de 2005

⁵ C-1232 de 2005

⁶ C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: “En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial”.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

1. DEL VÍNCULO LABORAL.

Observa la Sala que no fue objeto de discusión la existencia del vínculo laboral que ató a las partes, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito desde el **15 de junio de 2010, hasta el 2 de julio de 2021**, en el cargo de “Operador de Maquinaria Especializada”, conforme la documental visible a folios 6, 12 a 14 y 18 del archivo de pruebas aportado por la demandada.

2. DEL FUERO SINDICAL

No fue objeto de discusión que el demandante goza de la garantía foral, teniendo en cuenta que ostenta el cargo de “secretario de prensa y propaganda” de la Organización Sindical de la Subdirectiva de la Organización Sindical del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Nacional manufacturera, metalmecánica, metálica, metalúrgicas siderúrgica, electromecánica, comercializadoras, transportadoras, afines, derivados, ferroviaria y similares del sector SINTRAIME, conforme la documental que reposa a folios 28 y 36 a 38 del archivo 1 del expediente digital.

3. DE LA DESMEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES DEL AFORADO

Solicita la parte actora se ordene a la demandada el restablecimiento pleno de sus derechos, presuntamente vulnerados por la desmejora de sus condiciones laborales, con ocasión a la suspensión del contrato de trabajo a partir del 11 de diciembre de 2020, sin autorización previa del Juez del Trabajo.

Conforme a las pruebas aportadas al plenario se observa que en el caso bajo examen, el demandante desarrollaba sus funciones como "Operador de Máquina especializada", desde el año 2019.

Que mediante comunicación del 10 de diciembre de 2020, la empresa demandada FENOCO le informó al demandante que:

"Asunto: Notificación de suspensión temporal de contrato de trabajo. Apreciado Sr. Jonny:

Ante la situación particular en que se encuentra FENOCO como es la suspensión de las operaciones de CI PRODECO S.A. (PRODECO), CARBONES DE LA JAGUA S.A. (CDJ), CONSORCIO MINERO UNIDO S.A (CMU) desde el 24 de marzo de 2020 y de las operaciones en las minas de El Hatillo y La Francia de COLOMBIAN NATURAL RESOURCES S.A.S (CNR) desde el mes de julio pasado, lo cual ha reducido considerablemente los ingresos de FENOCO.

Con base a lo anterior y como última medida que busca mantener la operación y supervivencia de la Compañía, FENOCO ha decidido suspender temporalmente a partir del día 11 de diciembre 2020, los efectos de su contrato de trabajo, por ende cesa su obligación de prestar su servicio y de Fenoco de cancelarle salario mientras dure esta suspensión.

A pesar de lo anterior, usted seguirá vinculado a nuestra compañía recibiendo los beneficios que a continuación se detallan:

- 1. La convención colectiva de trabajo seguirá vigente, por lo tanto se le continuará otorgando los beneficios sindicales con normalidad, incluyendo las primas extralegales a que haya lugar (semestrales, de antigüedad y de vacaciones). Se excluirán los beneficios que se deriven de los días laborados, como son: Auxilio transporte extralegal, auxilio alimentación, auxilio alimentación especial.*
- 2. Fenoco se encargará de la cotización del 100% de su seguridad social, por lo cual sus derechos relacionados no tendrán ninguna afectación.*
- 3. Las prestaciones sociales legales se suspenden por el tiempo que dure la suspensión del contrato."*

Al respecto, es menester recordar lo establecido en la legislación respecto a la figura de la suspensión del contrato de trabajo, la cual se encuentra regulada en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

"El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

3. *Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*

4. *Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*

5. *Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*

6. *Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*

7. *Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.”*

La figura de la suspensión del contrato de trabajo tiene como finalidad, evitar una terminación definitiva del contrato de trabajo, cuando sobrevienen causas que impiden transitoriamente su cumplimiento, permitiendo que el contrato modifique sus efectos, sin afectar su existencia. En otros términos, la suspensión permite que, en momentos de crisis del contrato, que podrían llevar a su terminación, se opte por soluciones que permitan mantener el vínculo jurídico derivado de la relación laboral.

Como se advierte, la norma contempla unas causales para la suspensión del contrato de trabajo y una consecuencia establecida por el legislador en los eventos antes señalados, y que con la excepción de la consagrada en el numeral 3º, operan por ministerio de la ley sin intervención de autoridad alguna. La principal consecuencia es que el trabajador no está obligado a prestar los servicios durante el tiempo de la suspensión y el empleador no está obligado a pagar la remuneración o salario durante dicho lapso, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 53 del mencionado estatuto, en el que además se señala que, no obstante, estarán a cargo del empleador las prestaciones surgidas con anterioridad a la suspensión, así como, las prestaciones por muerte y enfermedad y en todo caso se podrá descontar el tiempo para el reconocimiento de las vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Ahora, vale la pena resaltar que nuestro Estatuto Sustantivo Laboral, no define de manera expresa qué es la fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral, ocupándose solamente de definir sus efectos. Pese a lo anterior sí precisa, como regla interpretativa que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso, deben aplicarse las que regulen casos o materias semejantes, los principios del Código, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los Convenios y

Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo. En esos términos, al tratarse de una materia semejante, se acude al Código Civil para dotar de contenido la institución de la fuerza mayor o caso fortuito, en este caso, el Código Civil, artículo 64 que a la letra establece:

“Artículo 64. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de antaño, sentencia del 07 de junio de 1963 (Publicada en Gaceta Judicial: Tomo CII, n.º 2267, pág. 482-488), estableció:

“Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, si que en ello intervenga la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especie de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses.

En el mismo sentido, la Alta Corporación, se ha referido en su jurisprudencia, para los efectos que nos interesa en este caso, a la aplicación de la institución de la suspensión del contrato de trabajo con motivo de la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impide la ejecución del trabajo, y refiriéndose a las características exterioridad del hecho, imprevisibilidad e irresistibilidad para dar aplicación a la fuerza mayor o caso fortuito, incluyendo dentro de las posibilidades para su declaración no solo las fuerzas de la naturaleza sino también el mandato de una autoridad pública dijo lo siguiente:

“Existen ocasiones en que las fuerzas de la naturaleza o el mandato de autoridad pública hacen imposible lo prometido, pues entonces el querer del deudor, así sea el muy diligente y precavido resulta superado por factores externos irresistibles y cuya ocurrencia le era dable prever” (CSJ, SCL, 1976, sentencia del 18 febrero).

Y en CSJ, SCL, 1987, Sentencia del 2 de diciembre sostuvo que:

En materia laboral para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como causa que libere al patrono de cumplir sus obligaciones contractuales o legales, es menester no solo que el hecho constitutivo de tal fuerza sea

imprevisible, sino que además que lo coloque en absoluta imposibilidad de atender tales obligaciones y tener la característica de temporal o pasajera.

Posteriormente, en sentencia del 30 de octubre de 2012, la misma Corporación determinó que no basta con aducir una razón particular como fuerza mayor o caso fortuito y por el contrario, le corresponde al empleador demostrar que el hecho imprevisible, irresistible e inimputable impide efectiva y temporalmente la ejecución del contrato de trabajo, posición que se mantiene incólume al día de hoy. (Sentencias radicado 42059 de 2012; 46825 de 2012; SL1037-2021; y SL 660 de 2021)

De esta manera, es claro que, para suspender el contrato de trabajo con fundamento en la existencia de una fuerza mayor o un caso fortuito que temporalmente impide su ejecución, **no es necesario la previa intervención del Ministerio de Trabajo**, siendo únicamente dable revisar la legalidad de la decisión adoptada por el empleador, escenario que principio se estudiaría a través del proceso ordinario laboral.

De otro lado, el artículo 412 del C.S.T. señala:

*“ARTICULO 412. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. <Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> **Las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial**”. (Negrillas por la Sala).*

La lectura armónica, tanto de los Arts. 51, numeral 1° como 412 del C.S.T., permite concluir que, para suspender el contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador no necesita autorización del ministerio ni requiere de previa intervención judicial; adicionalmente, la última de las normas mencionadas **no distingue entre trabajador aforado o el que no lo está**, luego, la interpretación de ambas normas permite concluir que, tampoco frente a este se requiere de intervención administrativa o judicial para suspender el contrato de trabajo, por el contrario, es un acto que puede ejecutar el empleador de forma autónoma e independiente, **siempre y cuando se presente la causal plasmada en el numeral 1° del artículo 51 del C.S.T.**

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de mayo de 1991, Rad. 4246, estableció:

“El caso fortuito o fuerza mayor como causal de suspensión del contrato se distingue claramente de la clausura temporal de actividades de la empresa, establecimiento o negocio, pues aquel se genera por un imprevisto que sobreviene en forma súbita e impide temporalmente la ejecución material del contrato. La ley no le señala un límite máximo en el tiempo como motivo de la suspensión, de manera que el caso fortuito puede ocasionar la suspensión indefinida del contrato de trabajo. La suspensión de actividades de la empresa obedece, según el artículo 51, numeral 3°, Código Sustantivo del Trabajo a razones de orden técnico o económico, independientes de la voluntad del empleador y no supone la imposibilidad material de desarrollar la relación de trabajo, cosa que si sucede en el evento de la fuerza mayor. Como motivo de la suspensión del contrato de trabajo, la clausura temporal de la empresa sólo puede extenderse hasta por 120 días, de acuerdo con la norma citada, pues si excede de dicho lapso deviene en terminación del vínculo laboral (art. 6°, Decreto 2351 de 1965).

Para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del Trabajo y avisar a los trabajadores (art. 40, Decreto 2351 de 1965), lo cual por razones obvias no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor”.

En el caso fortuito o fuerza mayor como motivo de suspensión puede significar en la práctica la clausura temporal de la empresa, pero este tipo de cierre temporal, por su origen, no es jurídicamente igual al previsto por el artículo 51, numeral 3° del Código Sustantivo del Trabajo, o al establecido por el Decreto 2351 de 1965, artículo 6°, literal f. además puede ocurrir que si con el caso fortuito confluyen circunstancias de orden técnico o económico que impidan la reapertura de la empresa originalmente prevista y el empleador solicita permiso al Ministerio del Trabajo para una clausura temporal o definitiva, si se obtiene la autorización, cesaría el caso fortuito como causal de suspensión del contrato de trabajo y este vínculo quedaría sujeto a la decisión ministerial” (Negrillas por la Sala).

En el presente proceso se encuentra demostrado que: i) Jonny Socarraz Reales laboró al servicio de la demandada desde el 15 de junio de 2010 hasta el 2 de julio de 2021, y desempeña el cargo de *Operador de Máquina Especializada*; ii) que hace parte de la junta directiva de la organización sindical **SINTRAIME**, como Secretario de Prensa y Propaganda; iii) que el empleador suspendió el contrato de trabajo de la demandante a partir del 11 de diciembre de 2020, argumentando la suspensión de las operaciones de CI PRODECO S.A. (PRODECO), CARBONES DE LA JAGUA S.A. (CDJ), CONSORCIO MINERO UNIDO S.A (CMU) desde el 24 de marzo de 2020 y de las operaciones en las minas de El Hatillo y La Francia de COLOMBIAN NATURAL RESOURCES S.A.S (CNR) desde el mes de julio pasado, lo cual ha reducido considerablemente los ingresos de FENOCO; iv) que el empleador avisó el 18 de enero de 2021 al Ministerio de Trabajo de la suspensión de los contratos de trabajo efectuados en FENOCO; v) que el 5 de febrero de 2021, el demandante solicitó la reinstalación de sus condiciones laborales.

En este caso, está plenamente demostrado que el contrato de trabajo del señor Johny Socarras se terminó de mutuo acuerdo durante el trámite de la presente acción de fuero especial de proceso especial de fuero sindical, situación que ocurrió el 2 de julio del año 2021, luego, en ese sentido, la acción de desmejora del contrato de trabajo del trabajador que goza de fuero sindical, en principio perdería su razón de ser y devendría ineficaz, dado que se ha extinguido el vínculo que tenía con su empleador. No obstante, para determinar que la desmejora no haya generado la vulneración de derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, le corresponde a la Sala verificar las circunstancias particulares en que se haya presentado la cuestión que se alega por parte de la empresa demandada, esto es, la suspensión del contrato de trabajo y demás aspectos relativos a la situación generada con dicha suspensión.

Así pues, al revisar la comunicación dirigida al demandante el 10 de diciembre de 2020, en la que le informaban la suspensión de su contrato de trabajo a partir del 11 de diciembre de 2020, debe señalarse que de ésta no se desprende claramente cuál es la causal de suspensión, en tanto que como se indicó anteriormente, las mismas son taxativas de acuerdo con lo señalado en el artículo 51 del Código sustantivo del trabajo, sin embargo, si se revisa con detenimiento la única causal que podría imputarse a dicha suspensión es la inherente a la Fuerza mayor o caso fortuito, sobre la cual se fundó toda la defensa de la empresa demandada, lo cual se colige con el interrogatorio rendido por la representante legal de la empresa demandada y los testimonios recaudados.

Lo anterior también se colige con la comunicación remitida al demandante del 23 de febrero de 2021 (fls. 106 y 107), mediante la cual se le informó al demandante se dio respuesta a la reclamación presentada por el actor, en la que ahí si de forma expresa se le indicó que no procedía su solicitud, conforme a la causal contenida en el numeral primero del artículo 51 del CST.

En ese orden de ideas, se tiene que si una empresa hace uso de ésta facultad, debe dársele estricto cumplimiento a lo señalado en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 40 del decreto Ley 2351 de 1965, donde se dispone que, en los casos de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar de trabajo o en su defecto a la primera autoridad política a fin de que se compruebe esa circunstancia.

Frente al tema, si bien la empresa demandada FENOCO, indica que la situación de fuerza mayor o caso fortuito invocada en la carta de suspensión del contrato de trabajo con el demandante le fue comunicada al Ministerio de Trabajo, lo cierto es que al revisar la documental que reposa en el expediente a folios 71 a 82, no cuenta con fecha de radicación o remisión ante dicho Ministerio.

Así pues, a folios 190 reposa informe de comprobación de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito expedido por el Ministerio de Trabajo de fecha 23 de julio de 2021, donde se observa que el 18 de enero de 2021 FENOCO le comunicó la suspensión inicial de 47 contratos de trabajo a partir del 11 de diciembre de 2020, en el que se concluye:

“En consideración a que la calificación jurídica de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que llevaron a la suspensión de los contratos de trabajo es de competencia privativa de los jueces de la República, se deja constancia que lo consignado en el presente informe corresponde a la información suministrada por el empleador que, en aplicación del principio de buena fe, se presume verídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se puedan derivar por faltar a la verdad en los informes rendidos a esta territorial, así como de las acciones de inspección, vigilancia y control a que haya lugar”

Conforme lo anterior, se desprende que FENOCO no dio estricto cumplimiento a los términos señalados en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, la cual exige dar aviso inmediato al inspector del trabajo sobre los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, pues solo lo vino a realizar 37 días después de haberse adoptado la decisión de suspensión de los contratos de trabajo, esto es, hasta el 18 de enero de 2021, pese a que el contrato de trabajo del demandante fue suspendido el 11 de diciembre de 2020.

Así las cosas, de acuerdo con el análisis de las pruebas recaudadas en este proceso y las aportadas por las partes, es claro que, no se presentó un cese total de actividades de la empresa demandada, en tanto que la operación no cesó completamente, pues tan solo la operación continuó prestando los servicios de transporte en la vía férrea de manera minimizada, pero su actividad continuó prestándose, sin embargo, vale la pena resaltar que la reducción de ingresos no impedía seguir ejecutando el contrato de trabajo con el demandante.

Es del caso precisar, que éste argumento expuesto por la demandada, con el fin de suspender el contrato de trabajo, se corrobora igualmente con el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de FENOCO, y la testigo Camacho Mora, quien manifestó ser la directora de relaciones laborales, quien indicó que la

compañía, con ocasión de la suspensión de las operaciones, especialmente de la empresa PRODECO, tuvo una reducción del 27% de sus ingresos, que para la fecha del 10 de diciembre del 2020 habían 534 empleados en la compañía y para Julio del año 2021 habían 485 empleados aproximadamente, además que, antes de la suspensión del contrato, aplicaron diferentes medidas para efectos de no afectar a los trabajadores como vacaciones anticipadas, cambios de jornada, entre otros y que las actividades operativas de la compañía continuaron de forma reducida para atender a la empresa DRUMMOND. Por otro lado afirmó que, 12 de los trabajadores de los que se les había suspendido el contrato firmaron un acuerdo transaccional para terminar el vínculo en junio del año 2021, entre los que estaban el demandante y que además de estos trabajadores suspendidos en julio, también fueron reinstalados 26 personas.

Se recibió el testimonio del señor Gabriel Ignacio Aguas Valencia, quien señaló ser director de tráfico férreo en FENOCO, indicó la disminución de los ingresos de la compañía con ocasión del menor transporte ferroviario de carbón lo que ha reducido, según él, un 30% las operaciones de carga con ocasión de poca o nula actividad por parte de PRODECO y CNR. Que solo se encuentran realizando viajes de la DRUMMOND.

Sobre estos dichos se desprende que la reducción de los viajes se sigue presentando desde el año 2020, pero tal aspecto no ha impedido ni paralizado las actividades de la compañía, tanto así que se menciona la reinstalación de 26 trabajadores y se mantiene una planta superior a 480 trabajadores, lo que muestra que la referida disminución de ingresos no ha afectado de forma contundente las operaciones de FENOCO que conllevaran a tener por acreditada la justa causa de suspensión del contrato de trabajo del señor Johny Socarraz Reales, máxime si se tiene en cuenta que las funciones por las cuales fue contratado el demandante consistían en el mantenimiento de la vía férrea, la cual no paro su operación en su totalidad, y por el contrario, se requerían para el uso adecuado de las vías ferroviarias, las cuales seguían siendo utilizadas por la DRUMMOND.

Ahora bien, el fuero sindical le atribuye una condición especial al aforado que le concede ventajas o privilegios coherentes con la finalidad de la figura. Ello explica y justifica que tratándose de un trabajador aforado el empleador deba cumplir con cargas especiales de cara al despido o a la desmejora de las condiciones laborales del trabajador aforado. Consecuentemente, la medida de suspensión del contrato

de trabajo (que supone claramente una desmejora) no se puede imponer al aforado pretermiéndolo la garantía legalmente establecida (control judicial).

Por lo anterior, resulta necesario reconocer que existen razones para que el empleador no pueda proceder frente al trabajador aforado con el mismo rasero que lo puede hacer frente a un trabajador sin fuero, ni aún en una coyuntura especial como la generada por la disminución en el uso de la vía férrea de la demandada.

Al respecto, debe precisarse que la carga de la prueba de determinar que la actividad desempeñada por un trabajador ya no se requiere con ocasión de la presunta existencia de fuerza mayor o caso fortuito, se encuentra en cabeza de la empresa demandada, situación que en este caso no se probó con suficiencia.

Por tal razón, y contrario a lo afirmado por el recurrente, la causa en la que se fundamentó la suspensión del contrato de trabajo del demandante no se encuentra configurada a la luz de lo señalado en el artículo 51 del Código sustantivo del trabajo y no puede tenerse como válida, de suerte que, si no hubo prestación del servicio del demandante, esta obedeció a la decisión unilateral de la empresa de suspender el contrato de trabajo sin que tal suspensión estuviera precedida de la justa causa alegada, dado que no aparece demostrada.

En consecuencia, para la Sala no son de recibo las condiciones que aduce el apelante, respecto del caso del aquí demandante, en tanto que se entiende que el demandante no prestó el servicio pero por culpa del empleador, lo que constituye a todas luces, una desmejora en sus condiciones de trabajo, pues se debe entender que si bien se le suspendió el contrato de trabajo, éste no debió proceder, por lo que debió prestar sus servicios y recibiendo su salario con normalidad, atendiendo a que no se logró demostrar la causa invocada en la carta de suspensión del contrato de trabajo, esto es, caso fortuito o fuerza mayor, por tal razón, al gozar el demandante de la protección de la garantía de fuero sindical, en los términos del artículo 405 del Código sustantivo del trabajo, es procedente ordenar la restitución a sus anteriores condiciones de trabajo antes del 11 de diciembre del año 2020 hasta el 2 de julio de 2021, fecha en la que finalizó la relación laboral de mutuo acuerdo, mediante acuerdo transaccional, CONFIRMANDO la determinación adoptada por el Juez de instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, conforme lo dispone el Art. 402 del CST, así como en términos de la Sentencia C 201 de 2002, refiere que la indemnización a que tiene derecho el trabajador aforado debe ser integral, por lo que se condenará a la

demandada a pagarle a título de indemnización al actor, tanto los salarios como prestaciones sociales dejados de percibir desde el 11 de diciembre de 2020 al 2 de julio de 2021, tomando como último salario devengado por el trabajador la suma de \$4.035.742, conforme se desprende de la documental visible a folio 21 del archivo "Sustitución pruebas FENOCO" del expediente digital.

Sea del caso precisar que no procede el pago de prestaciones convencionales, dado que fueron canceladas por la empresa demandada durante la suspensión del contrato de trabajo, hecho que fue incluso confesado por el demandante en el interrogatorio de parte.

Así pues, como quiera que la apelante presentó inconformidad respecto de la liquidación efectuada por el Juzgador de primera instancia, la Sala, con apoyo al Profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, procedió a realizar la liquidación objeto de inconformidad.

Así las cosas, se tiene que a folio 21 del archivo "Sustitución pruebas FENOCO" del expediente digital reposa liquidación final de prestaciones sociales, en la que se indica que el contrato estuvo suspendido por 224 días, esto es desde el 11 de diciembre de 2020 al 2 de julio de 2021.

Salarios dejados de percibir: Se liquidó teniendo en cuenta el salario para el año 2020 de \$3.956.222 y para el año 2021, la suma de \$4.035.742; arrojando un valor a cancelar de \$27.120.982,80, por lo que se modificará el literal a) del numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

Cesantías e intereses a las cesantías: debe señalarse que en la liquidación final de prestaciones sociales no fueron cancelados estos conceptos, razón por la cual se calculó la causada desde el 11 de diciembre de 2020 hasta el 2 de julio de 2021, fecha de suspensión del contrato de trabajo; arrojando un valor a cancelar de \$2.260.085 por concepto de Auxilio de Cesantías y la suma de \$125.243,16 por concepto de intereses a las cesantías, modificando los literales b) y c) del numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

Prima de servicios: Conforme la liquidación definitiva del contrato de trabajo, se observa que se le canceló al demandante tan solo 2 días de prima de servicio, razón por la cual con apoyo al Profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se

procedió a liquidar de manera proporcional la prima de servicios del periodo comprendido 11 de diciembre de 2020 hasta el 2 de julio de 2021, fecha de la suspensión del contrato de trabajo; arrojando un valor a cancelar de \$2.260.085, por lo que se modificará el literal d) del numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

En otro giro, se tiene que la apoderada de la demandada presentó recurso de apelación respecto del Acuerdo transaccional suscrito entre las partes a efectos de dar por terminada la relación laboral por mutuo acuerdo, en tanto que el mismo no fue tenido en cuenta, pues a consideración señala que según el criterio del Juez de primera instancia, de no darle validez al Acuerdo transaccional celebrado entre las partes, no es correcto, como quiera que no es cierto que se trate de derechos ciertos e indiscutibles los salarios supuestamente causados por el actor, teniendo en cuenta que el trabajador no causó salarios, pues no prestó ningún servicio, por lo que no hay ningún derecho cierto que el trabajador haya causado, y que la demandada no haya cancelado, porque bajo ese argumento, entonces ningún proceso podría ser conciliado ni siquiera ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, trayendo a colación la sentencia 63129 del 29 de mayo de 2019.

Al respecto, sea del caso reiterar que de conformidad con los argumentos previamente expuestos, la causal alegada en la carta de suspensión del contrato de trabajo no tiene validez, por lo tanto deberá entenderse que el actor prestó sus servicios por el periodo que estuvo suspendido el contrato de trabajo, esto es, desde el 11 de diciembre de 2020 al 2 de julio de 2021, y si bien físicamente el demandante no desempeñó actividad alguna, ocurrió, como ya se dijo, con ocasión o por culpa del empleador, por lo que, como ya se indicó, la causal invocada no tiene validez, en consecuencia deberá entenderse que NO hubo la suspensión del contrato de trabajo, como lo aduce el recurrente.

Por otro lado, si bien la transacción es válida en asuntos de trabajo, conforme lo dispone el artículo 15 del CST, lo cierto es que no es válida en los casos en que se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Frente al Acuerdo de Transacción suscrito entre las partes, que fue aportado por la demandada y reposa a folios 15 a 17 del Archivo 010 del expediente digital, debe tenerse en cuenta que para que sea procedente su aprobación, éste debe tener un mínimo de requisitos, entre los cuales se destaca que exista entre las partes, un derecho litigioso, pendiente de resolver, que el objeto a negociar no tenga el

carácter de un derecho cierto e indiscutible, el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento y lo acordado genere concesiones reciprocas y mutuas para las partes o no sea abusiva o lesiva de los derechos del trabajador.

En ese orden de ideas, tal y como lo indicó el Juez de primera instancia, el Acuerdo de Transacción, produce efectos de cosa juzgada, cuando verse sobre la totalidad de los puntos objeto de controversia, en este caso se trata de una transacción extrajudicial, cuyo objetivo principal fue el reconocimiento de \$98.012.849, a fin de prever cualquier diferencia entre derechos inciertos y discutibles derivados del contrato de trabajo, aspectos sobre los cuales, estaría configurada la existencia de cosa juzgada.

No obstante lo anterior, al revisar de manera detalla el Acuerdo Transaccional, y los valores reconocidos con ocasión a la suscripción de la misma, no tienen vocación de transables, como quiera que los valores reconocidos en la presente sentencia recaen sobre derechos ciertos e indiscutibles, máxime si se tiene en cuenta que en el presente asunto se está declarando que la causal invocada por FENOCO en la carta de suspensión del contrato de trabajo es inválida e infundada, en tanto que no se logró acreditar el fuerza mayor o caso fortuito alegada, por lo que fue procedente ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el periodo de suspensión, destacando que los valores reconocidos en la transacción recayó por periodos efectivamente laborados por el actor, por lo que tampoco puede ser compensada dichas sumas reconocidas al demandante, pues al observar la liquidación reconocida al accionante, en los conceptos allí reconocidos, no se encuentran los ordenados en la presente decisión, por lo que tampoco se consolida la figura de compensación.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** en lo restante de la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia:

- a) La suma de \$27.120.982,80 concepto de salarios adeudados.
- b) La suma de \$2.260.085 por concepto de Auxilio de Cesantías.
- c) La suma de \$125.243,16 por concepto de intereses a las cesantías.
- d) La suma de \$2.260.085 por concepto de Prima de servicios.

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

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

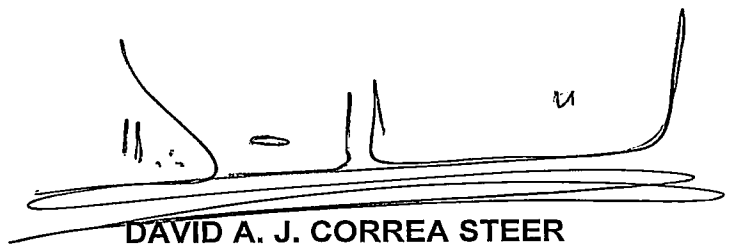
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

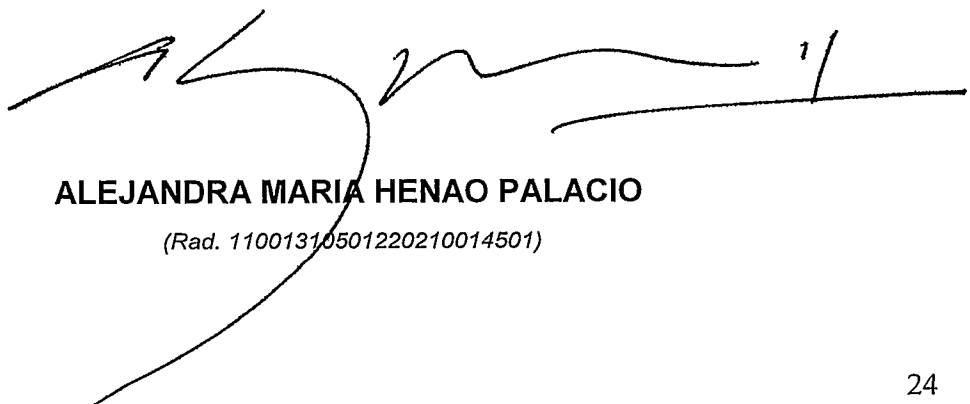
Ponente

(Rad. 11001310501220210014501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220210014501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220210014501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 17-2019-00283-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARCO HORACIO BAUTISTA BAUTISTA
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre 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 n.º 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 14 del expediente.

La parte demandante (fls 26 ss) la parte demandada Porvenir S.A. (fls.4 ss) Colpensiones (fls.11 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **Marco Horacio Bautista Bautista** instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 del expediente digital carpeta 2019-283, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado efectuado por el señor Marco Horacio Bautista Bautista el día 01 de noviembre de 1999 con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó toda la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al señor Marco Horacio Bautista Bautista en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.
4. Que se condene extra y Ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.84 digital), y Colpensiones (fl. 40 digital) de acuerdo al auto del 17 de febrero de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del el día 30 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas **DECLARÓ** que el traslado del señor Marco Horacio Bautista Bautista, identificado con la cédula de ciudadanía 1000572 al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado en su momento por HORIZONTE, sea hoy PORVENIR SA, fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos **ORDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, recibir al demandante, señor Marco Horacio Bautista Bautista, como su afiliad, dado que se encontraba antes afiliados CAJANAL, entidad que fue liquidada, por lo que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar la afiliación del demandante a ese régimen, y teniendo en cuenta todo el tiempo, incluyendo el que estuvo afiliado a CAJANAL sin

solución de continuidad, según las consideraciones expuestas **ORDENÓ** a su vez a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del demandante todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado del señor Bautista Bautista, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, incluyendo las comisiones o gastos de administración, los cuales deberán devolver y asumirlos de su propio patrimonio **ORDENÓ** a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en la historia laboral en esa entidad **CONDENÓ** en costas a las demandadas, en firme esta sentencia, por Secretaría practicarse la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 monedas corriente.

RECURSO DE APELACION

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

Manifiesta que si bien existe un precedente, del órgano de la jurisdicción, como el citado en el *A-quo*, bajo los argumentos que ha manifestado el honorable Tribunal en diferentes salas, no se aplica el precedente de manera objetiva, ya que considera se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por eso que considera no le asiste razón al fallador de primera instancia que declara la ineficacia del traslado con base en la falta información, indicando que no es válido o no es tenido en cuenta solamente el formulario de afiliación como requisito para obtener o verificar el deber de información que le asistía a Porvenir S.A.

Que conforme a la simetría del tiempo en el cual se realiza dicho traslado, en ese momento era válido el traslado régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, de manera que considera que Porvenir S.A cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual administrado por este fondo, en una decisión libre y voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo y, adicional, considera que se debe resaltar que no se le está trasladando el deber de información, sino que, se resalta, es el deber de dónde está o dónde prima el deber de la diligencia del demandante, el cual era plenamente capaz de entender las consecuencias de la suscripción de un contrato y pese a esto, se le indique que simplemente con negativas, no se le

brindó una información en su momento, sin embargo, considera que éste también guardó silencio durante todo este proceso, olvidándose de su deber como consumidor financiero.

Sobre la sentencia T 569 de 2015, dice que precisamente trata del principio de favorabilidad y en estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y de la Seguridad Social ordenan a la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorga al trabajador o al afiliado beneficiario del sistema de Seguridad Social. Por cuanto considera que el texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio en el que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible, escisiones o fragmentaciones, tomando simplemente lo más favorable en las disposiciones del conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo totalmente distinto.

Que cuando se declara la ineficacia e incluso una nulidad dentro de un proceso, se está diciendo que se debe restaurar a como debió haber Iniciado o mantenerse antes de realizar dicho acto, sin embargo, manifiesta que en este proceso se evidencia que simplemente se están realizando todas las devoluciones de gastos de administración y también los rendimientos financieros que su representada por más de 20 años estuvo otorgándole al beneficiario, en este caso el demandante y que sobre ello no hubo ninguna excusa o ninguna objeción frente a todos estos años de rendimientos financieros positivos que obtuvo.

Además, sustenta que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de Prima media, destina el 3% de cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión y por ello sí están sujetos a la prescripción.

También manifiesta que es necesario resaltar que en su momento, la Superintendencia financiera indicó o expresó que, en los eventos en que procediera la ineficacia, el traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros o haga en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la Comisión de Administración; deberá declararse entonces la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto no corresponden estos valores pertenecer a los afiliados

bajo ninguno de los dos regímenes, en cuanto no financian la prestación de vejez, por lo que considera que no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica única de la que goza el Derecho pensional.

De manera entonces, que considera los supuestos sobre los cuales se condena a su representada, no se encuentran acreditados y, en consecuencia, solicita de manera muy respetuosa al honorable tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta. Finaliza.

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

Interpone el recurso de alzada contra la sentencia proferida, solicitando al *Ad-quem* revocarla en su totalidad, y siendo este caso valorado por la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, que a la fecha se tiene una densidad considerable de años que denota que las alegadas falencias, engaño o falta información sean contrarios al fenómeno jurídico de la falta de rectificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio e igualmente en sentencia SL413 del 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas, sentencia SL3752 del 2020 y sentencia SL1061 del 2021, donde el órgano natural de cierre, desarrolla la figura de actos de relacionamiento y considera que dentro del presente proceso se evidencia que la parte actora realizó actos de convicción de pertenecer al RAIS y todas sus actuaciones se dirigieron, igualmente, a permanecer al mismo sin Inconformidad alguna, por lo que considera es dable concluir que, aun cuando no haya certeza, el afiliado recibió, al momento de su traslado, toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección; dichos comportamientos o actos de razonamiento en los casos de afiliación puede verse traducido en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información, saldos, actualización de datos y cambio de clave, entre otros. Finaliza.

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) Marco Horacio Bautista Bautista el día 01 de noviembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene

derecho a que la AFP Porvenir SA 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 Marco Horacio Bautista Bautista proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte SA hoy Porvenir S.A el 01 de noviembre de 1999 con efectividad a partir del 1 de enero del 2000 y que posteriormente por fusión de las compañías de Horizonte hoy Porvenir S.A el 01 de enero del 2014 con fecha de efectividad del mismo día (fl.101 expediente digital)

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

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 adocinado, 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. AFP Porvenir aportó: copia de formularios de afiliación suscrito por el demandante, copia de relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, copia de la relación de aportes de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, copia de asofondos SIAFP, copia de publicación diario El tiempo comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 01 de noviembre 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 el 01 de noviembre de 1999 , el(la) demandante tenía 752 semanas (fl 23 del expediente digital carpeta 2019-283) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 07 de octubre de 1956– fl.5 CC del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el año en el RPM en el año 2018, (ha cotizado más de 1.763 semanas – (fl.123 del expediente digital carpeta 2019-283), de tal manera que para obtener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir, y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar

información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Porvenir relacionada con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Marco Horacio Bautista Bautista** de CAJANAL a la AFP Horizonte SA hoy Porvenir S.A el 01 de noviembre de 1999 con efectividad a partir del 1 de enero del 2000 y que posteriormente por fusión de las compañías de Horizonte hoy Porvenir S.A el 01 de enero del 2014 con fecha de efectividad del mismo día (fl.101 expediente digital)

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 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 decisión de primera instancia, en sentencia proferida el día 30 de septiembre de 2021, por el juzgado 17 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. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720190028301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720190028301)
Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720190028301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2019-00455-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: RODRIGO NEL CORDOBA ROJAS

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto 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.431)

La parte demandante (fl.415-420), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.404-412) Colpensiones (fls.423-430) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Rodrigo Nel Cordoba Rojas instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que Porvenir S.A. asesoro al demandante de manera errada e inadecuadamente sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, al trasladarlo del ISS el 1 de febrero de 1999.
2. Se declare que Porvenir S.A., no le suministro información completa, verídica y comprensible al demandante antes de cumplir los 52 años de edad, respecto del régimen pensional a elegir más conveniente para él.
3. Se decrete la nulidad del traslado al RAIS con la entidad Porvenir S.A.
4. Se ordene a Porvenir S.A. trasladar al demandante al RPM los aportes, rendimientos, y semanas cotizadas a Colpensiones.
5. Se ordene a Colpensiones aceptar el traslado del señor demandante al RPM administrado por esa entidad.
6. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con el proceso.
7. Se aplique las facultades extra y ultra petita concedidas al despacho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.108-135) y Colpensiones (fl.89-99) de acuerdo al auto del 1 de agosto de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 13 de agosto de 2021, **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas. **DECLARÓ**

que el traslado del señor Rodrigo Nel Cordoba Rojas al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. **DECLARÓ** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin autorizar a Porvenir S.A. a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio. **ORDENÓ** a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectue la AFP Porvenir S.A. y convalidarlos en su historia laboral. **CONDENÓ** en costas a las demandadas, incluyendo agencias en derecho por valor de \$1.000.000 M/Cte a cargo de cada una. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Deber de información

Solicita al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque esta sentencia de primera instancia, en su lugar absuelva a Porvenir de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Señala que no le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia del traslado en base a una supuesta falta de información, dice que lo cierto es que para la época del traslado no le era obligatorio a Porvenir brindar la misma basandose en documentos y teniendo en cuenta que las asesorías se brindaban de manera verbal conforme a los presupuestos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y normas vigentes para la época y así lo hizo Porvenir en todo momento y durante la vigencia de estas normas.

Pide tener en cuenta que se cumplió con la totalidad de las cargas normativas a cargo de Porvenir por lo que no hay una razón para declarar la ineficacia de este traslado, además de que la permanencia del actor en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir ha sido una decisión libre y voluntaria e informada que además ha ratificado en el tiempo.

Manifiesta que no es razonable deducir que se pudo haber presentado algún vicio del consentimiento por la falta de la información, toda vez que Porvenir si le brindó a la parte demandante una asesoría oportuna donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y de las condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario de afiliación.

Hace un llamado de atención, para la época del traslado, dice se debe tener en cuenta que solamente era viable entregar el formulario de afiliación, ninguna AFP estaba en la obligación de entregar documento al formulario de afiliación y debía entenderse este, como la prueba documental por excelencia de que la asesoría fue prestada, de que la asesoría fue entendida y que además se aceptaron las condiciones del Régimen de Ahorro Individual por parte del demandante.

Pide tener en cuenta que es con posterioridad al año 2008 que la Corte Suprema empieza a hacer pronunciamientos sobre la ineficacia del traslado y ya en este momento se ha superado el tiempo en el que se había realizado el traslado por parte del demandante, teniendo en cuenta que es aproximadamente para pronunciamientos del 2019 que la Corte Suprema de Justicia dice que el formulario de afiliación no podía entenderse como un documento válido que se tuviese en cuenta para la admisión del consentimiento informado en el momento del traslado.

Expresa que para el momento en que se originó el mismo, Porvenir y todas las AFP's estaban cumpliendo con la carga normativa que a ellas se les disponía y es por ello que dice, no se puede deducir que porque la asesoría se brindó de manera verbal y no se aportaron documentos, los cuales no se estaba obligado a aportarlos, no se haya brindado la información.

Pide tener en cuenta, además, que esta carga de brindar documentos con las asesorías, se hace a partir del 26 diciembre de 2014 con la entrada en vigencia de la Ley 1748 y esta Ley si obliga a las AFP's a brindar una asesoría soportándola con documentos como una proyección pensional escrita, dado que la proyección pensional con anterioridad a esta se le brindaba de manera verbal y aun así, siendo bastante riesgosa, dado que para la época del traslado era muy variable el salario y no se podía deducir cuanto podría ser el salario de hoy del demandante, como para decirle cuál sería su mesada pensional.

Gastos de administración

Conforme a los gastos de administración señala que no se es factible ordenar la devolución de los mismos con destino hacia Colpensiones, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, pero dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello, están llamados a prescribir.

Por otro lado, refiere lo dicho por la Superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020, que de manera expresa manifestó que los eventos en que surgiera una ineficacia del traslado, los únicos dineros concernientes a hacer la devolución, serían las cotizaciones junto con sus rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte de los gastos de administración, ni a la prima de seguro provisional, ni a cualquier otro tipo de sumas de dinero diferentes a las cotizaciones y rendimientos.

Señala que el hecho de retornar estos gastos de administración o estos dineros diferentes a las cotizaciones y rendimientos hacia Colpensiones, va a configurar ante esta entidad un enriquecimiento sin causa en la medida que no hay una norma legal ni constitucional que disponga tal devolución de los gastos de administración, pues lo cierto es que el artículo 113 literal de la Ley 100 de 1993 dice que cuando hay un cambio de régimen pensional, como es el resultado de esta ineficacia, los únicos dineros que se deben trasladar hacia Colpensiones en este caso, serían los rendimientos en compañía de sus cotizaciones, sin hacer mención tampoco por ninguna parte a la devolución de los gastos de administración o, a cualquier otro tipo de dinero distinto a las cotizaciones y a los rendimientos, razón por la cual dice, debe entenderse entonces que los gastos de administración son una contraprestación a Porvenir en este caso, por su excelente gestión y la generación de los rendimientos que generan las cotizaciones efectuadas por el señor Rodrigo.

Menciona que se debería tener en cuenta que si el resultado de esta ineficacia es dejar todo como estaba antes de realizarse el traslado, no habría lugar entonces a retornar los rendimientos de la cuenta individual del afiliado, toda vez que, si nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual, jamás tuviesen que haberse generado rendimientos y tampoco habrá lugar a la devolución de estos. Sin embargo, si se le está haciendo la devolución de estos rendimientos.

Finaliza diciendo que deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, primas de seguro, o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado como se ha venido poniendo de

presente, teniendo en cuenta esos no son valores que le pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos Regímenes y no puede predicarse el fenómeno de imprescriptibilidad de los gastos de administración, toda vez que estos no están llamados a financiar la prestación de vejez, derecho que si goza de carácter imprescriptible.

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

Manifiesta que la apelación se fundamenta por ser violatoria de normativas legales como lo son el artículo 2 de la ley 797 del 2003, artículo 113 de la ley 100 de 1993, artículo 9, 11, 15, 09 y 1754 del código civil, todo ello en razón de que el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante y en consecuencia, no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la condena de Colpensiones a recibir los aportes para activar la afiliación al Régimen de Prima Media.

En primer lugar señala que la voluntad del demandante se ratificó con los más de 21 años que ha realizado cotización en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se confirma con su actitud de pasividad que tuvo sin buscar información sobre su futuro pensional, situación que dice, no previó el fallador de primera instancia, por cuanto no consideró dicha situación.

Menciona que no se observa una solicitud alguna concerniente al traslado que hubiera podido solicitar el hoy demandante ante Colpensiones, o alguna posible solicitud de información con anterioridad al año 2019, atendiendo que para esa fecha, se permitió establecer que para la data en la que elevó dicha solicitud, ya estaba dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2 de la ley 797 del 2003, porque simplemente ya se contaba con más de 52 años de edad para solicitar el traslado de Régimen.

Por otra parte aduce que, no es razonable, ni jurídicamente válido, aceptar la imposición que se le realizaba a las administradoras, en la cual se les impone la obligación y el soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, dice que tales exigencias desvirtúan y violan gravemente el principio de confianza legítima, teniendo 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 exigen además de ello, como lo expresa el artículo 29 de la constitución política, el ajuste de las

normas preexistentes al acto que se juzga, situación que dice, no sucedió en el caso del fallo de primera instancia, a razón de que se le están imponiendo obligaciones a las Administradoras Privadas sobre normativas que entraron en vigencia con posterioridad a la firma del formulario.

Apela que no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a uno y otro régimen pensional, genera obligaciones reciprocas tanto para el afiliado como para el fondo privado y de esta manera, no se debe desconocer que el afiliado también tiene obligaciones para la administradora que elija, tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 del 2010, el cual establece 3 situaciones: Informarse adecuadamente de las condiciones, aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación, y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones.

Expresa que en dichas circunstancias, el demandante no las aprovechó ni las utilizó durante su afiliación que estuvo con la AFP Porvenir, situación que tampoco el juzgador de primera instancia tomó en cuenta para emitir el fallo correspondiente.

Manifiesta que se evidencia que el deber de la información se integra, por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados pero también, con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión, por ejemplo, afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Señala que en el interrogatorio de parte realizado al señor Rodrigo Nel Córdoba, se evidencia que es una persona estudiada, una persona preparada que ha tenido cargos gerenciales, inclusive que en el momento cuenta con una empresa de asesoría, que es una persona que simplemente tiene altos estudios y conforme a ello, es importante que se evidencie su descuido conforme a su situación pensional.

Igualmente señala que el demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, y precisa que dichas características, condición y modalidades pensionales propias de este Régimen están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 del 93, norma que al ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por lo cual dice, no es dable aceptar como alegatos de la parte demandante, que el desconocimiento de la norma no lo excusa

de su cumplimiento, lo cual, por ser de alcance nacional, dice, es de conocimiento a todos los ciudadanos.

Solicita, sin que esto considere la aceptación de las pretensiones y la sentencia dictada, que se confirmen todas y cada una de las partes en sentido de que Porvenir debe devolver todos los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales que fueron descontados del hoy demandante de su cuenta de ahorros individual, todo ello con el fin de garantizar el sistema financiero que administra Colpensiones y también para garantizar el derecho a la igualdad que le asiste a los demás afiliados que han venido realizando cotizaciones en el Régimen de Prima Media a Colpensiones desde hace mucho tiempo.

Finalmente también solicito que se absuelva y se revoque la condena en costas impuesta por \$1.000.000 por el fallador de primera instancia, en razón de que no asiste dicha condena porque Colpensiones simplemente ha actuado conforme al principio de la buena fe y a la legalidad, ya que sus decisiones simplemente se enmarcan en lo que establece la normativa vigente y esto es, la negativa del traslado por cuanto al momento de dicha solicitud, ya se encontraba inmerso en esa prohibición legal, por cuanto ya contaba con más de 52 años de edad para realizar el traslado de régimen, por dichas situaciones es que Colpensiones ha tomado sus decisiones, simplemente basándose en la normatividad legal.

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) **Rodrigo Nel Cordoba Rojas** el día 13 de abril de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA 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 Porvenir SA el 13 de abril de 1999 (fl.130) con efectividad a partir del 1 de junio de 1999. (fl.139)

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

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

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

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

lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir aportó: Formulario afiliación, certificado de vinculación, comunicado de prensa El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de abril 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 13 de abril de 1999, el(la) demandante tenía 722 semanas (fl 31) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 16 de febrero de 1958 – fl.59) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.754 semanas – (fl.31), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que el deber de información para la época era verbal conforme a las normas vigentes para la época y de Colpensiones en cuanto a que se está imponiendo obligaciones a las administradoras sobre normativas que entraron en vigencia con posteridad a la firma del formulario, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de

pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Ahora bien Colpensiones Señala que el deber de información también se integra a la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión, adicionalmente señala que el demandante es una persona preparada que ha tenido cargos gerenciales, que cuenta con altos estudios, y por lo cual se evidencia que lo que sucedió fue un descuido de su parte conforme a su situación pensional. Recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió

esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Por lo anterior, al señalar en la apelación que al no ser un afiliado lego por su nivel educativo, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, pues independientemente de la formación académica de la parte actora, no lo hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta*

declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por 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 señor **Rodrigo Nel Cordoba Rojas** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 13 de abril de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada Colpensiones, presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que no asiste dicha condena porque Colpensiones simplemente ha actuado conforme al principio de la buena fe y a la legalidad, ya que sus decisiones simplemente se enmarcan en lo que establece la normativa vigente y esto es, la negativa del traslado por cuanto al momento de dicha solicitud, ya se encontraba inmerso en la prohibición legal.

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 las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el A Quo sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas las partes demandas, 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:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes 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 13 de agosto de 2021 por el juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

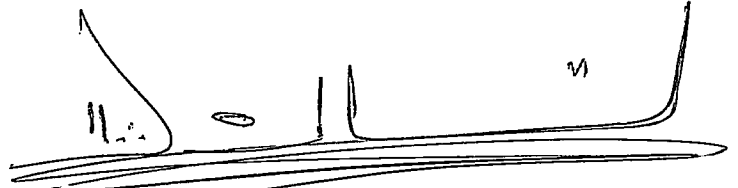
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720190045501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720190045501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720190045501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2019-00741-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: RAUL ANTONIO GONZALEZ PARRA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de diciembre de 2020, 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 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 (fl135)

La parte demandada Porvenir y Colpensiones (fls.131 ss), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 21 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Raul Antonio Gonzalez Parra instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación suscrita por el señor Raul Antonio Gonzalez Parra a cargo de Porvenir SA.
2. Que se declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor Raul Antonio Gonzalez Parra, mediante el cual se afilio al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA
3. Se condene a las demandadas a realizar el traslado de los aportes realizados a Porvenir SA por el señor Raul Antonio Gonzalez Parra a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, conservando el régimen al que pertenecía al momento de la afiliación, con sus respectivos rendimientos, conforme calculo actuarial que deberá realizarse en la oportunidad que el despacho indique.
4. Se condene a Porvenir SA , a reconocer lo que resulte probado en virtud de lo normado en el artículo 50 CPT y de la S.S., es decir lo ultra y extra petita.
5. Se condene a la demandada Porvenir SA a reconocer y pagar al demandante, las costas y agencias en derecho a que haya lugar.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls 51-64) y AFP Porvenir SA (fls 74-97) de acuerdo al auto del 23 de enero de 2019. Se oponen a las pretensiones de el (la) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 09 de diciembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante **Raul Antonio Gonzalez Parra** al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1 de julio de 1995. **CONDENÓ** a la demandad **Porvenir S.A.** a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones –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 la demandada **Colpensiones** a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a Porvenir S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000) y **SOLICITÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 CPT y de la SS en favor de **Colpensiones**.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que se brindó una información completa en el momento del traslado al demandante. Dice que el demandante durante todo el tiempo que estuvo vinculado con Porvenir no expreso algún tipo de inconformidad respecto a un traslado antes de la previsión legal.

Expone que en el fallo se declara la ineficacia que prevé el *artículo 271 de la ley 100 de 1993*, y que dicha norma establece una ineficacia cuando existen actos que impiden o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir, que exigen una conducta dolosa y apela que no fue probada y mucho menos alegada dentro del proceso.

Dice que la falladora de primera instancia manifestó que dentro del expediente no se cuenta con documentos que prueben la existencia de una debida información o de una información completa, a lo cual expresa que no existe un documento adicional al formulario de afiliación porque para la data del traslado, no se exigía un documento adicional que probara la información que se entregaba al demandante.

Menciona que las AFP'S solicitan los interrogatorios de parte porque se les impone a las administradoras cargas imposibles de cumplir cuando el demandante no tiene ningún tipo de carga procesal, dice que simplemente debe manifestar que no se le brindó una información completa para deducir que efectivamente esto sucedió.

Alude que el interrogatorio es la prueba de confesión que tienen que usar las AFP'S para probar que efectivamente se brindó la información. Exhibe que en el caso particular, se dio un interrogatorio contradictorio en cuanto a la demanda y se le da valor a lo dicho cuando tiene muchas contradicciones con el libelo demandatorio, pues en esta dice que efectivamente sí recibió una asesoría, que sí existió un asesor, que sí existió una

información, no como lo dice en el interrogatorio de parte el demandante que fue a través del área de recursos humanos.

Expresa entonces que no se le puede creer al demandante cuando existen este tipo de contradicciones y que no se puede hacer que su dicho sea superior a un documento público que se presume autentico, el cual no fue tachado de falso por la parte demandante.

Indica que el fallador menciona que el interrogatorio es una prueba que solicita Porvenir y que en este caso no existió ningún tipo de confesión, pero que le da valor probatorio a él, cuando manifiesta que el Despacho le preguntó si se le había indicado una información concreta y él dice que no. Por lo cual interroga ¿si tiene valor probatorio ese interrogatorio contradictorio o no tiene ese valor probatorio?

Aduce que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal que establece la *ley 797 del 2003* y que esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible, teniendo aspectos de interés general por encima del particular con una protección del Sistema General de Pensiones, por un lado, y un principio de estabilidad financiera en el RAIS. Por tanto, manifiesta, no es dable que el demandante se escude en que no le brindaron una información, únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Indica que el mismo demandante reconoce haberse dirigido antes de la prohibición legal a recibir una información de Porvenir y que él mismo aceptó continuar con Porvenir previo a una segunda información que se le brindó. Dice que es una segunda porque según su parecer, quedó probado entre la demanda que inicialmente dentro de su traslado, él si recibió una información y que si estuvo con un asesor.

Apela respecto a la condena por gastos de administración, que según el inciso 2 del *artículo 20 de la ley 100 de 1993*, también en el Régimen de Prima Media se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración, pensión, invalidez y de sobreviviente. Dice que dichos gastos de administración, no forman parte integral de la pensión vejez y que aunque se declaró no probada la excepción de prescripción, aclara que efectivamente estos dineros no son emolumentos que financian la pensión, por tanto, si les cabe el termino trienal de la prescripción y por tanto, no es dable generar un traslado a la codemandada Colpensiones que en ningún momento generó la administración de los bienes que hizo Porvenir durante tantos años y precisamente por esta buena administración es que él tiene una totalidad de la cuenta de ahorro individual, ya que si no, tendría únicamente el valor de sus aportes.

Manifiesta también, que efectivamente el demandante es un consumidor financiero y que tiene derechos y deberes como leer el formulario de afiliación. Expresa que aunque la falladora de primera instancia manifestó que allí no está la información contenida y que

definitivamente aunque lo haya leído, no se manifiesta ningún tipo de información, aclara que es un deber de él y que debió no solamente leerlo, sino también, informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones y no lo hizo, y que esa negligencia que no puede ser cargada a Porvenir con el argumento único de que la carga de la prueba en estos casos se genera para las AFP'S.

Dice que siendo una afiliación bilateral, es importante que los demandantes también se informen sobre el Sistema General de Pensiones para que 20 años después, simplemente manifieste que no se le brindó la información completa.

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) **Raul Antonio Gonzalez Parra** el día 7 de junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA 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 Porvenir SA el 7 de junio de 1995, con efectividad a partir del 1º de julio de 1995 (fl.84).

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 rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia,

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. Porvenir SA aportó: historia laboral, certificado de asofondos SIAFP, formulario de afiliación, certificado de afiliación expedida por Porvenir, edicto emplazatorio diario El Tiempo,.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de junio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, 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 7 de junio de 1995, el(la) demandante tenía 292 semanas (fl. 31), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 8 de diciembre de 1956 – fl. 20) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2018 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.461 semanas – fl. 31), 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 para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración que incluye los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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) **Raul Antonio Gonzalez Parra** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 7 de junio de 1995

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 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 9 de diciembre de 2020 por el juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

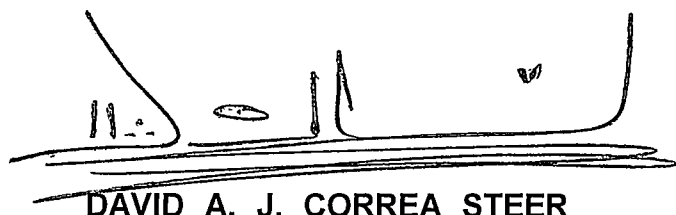
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502620190074101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502620190074101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620190074101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 27-2018-00398-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **GLORIA INÉS GONZÁLEZ ACOSTA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **RECURSO DE APELACION** (Demandada)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante, así como de la demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA** instauró demanda ordinaria laboral contra la **COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2):

- 1) Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a **re-liquidar** la pensión de sobreviviente de **GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA** a partir del 17 de marzo de 2016 a la suma de \$2.420.864,29.

- 2) Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a **reajustar** la pensión de la demandante a partir del 1 de enero de 2018 teniendo en cuenta su verdadero valor inicial.
- 3) Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a **pagar** a la demandante las diferencias pensionales adeudadas a partir del 17 de marzo de 2016, con la indexación correspondiente a cada mesada, desde la fecha de su causación hasta el día en que se efectúe su pago.
- 4) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 110 a 135), de acuerdo al auto visible a folio 136. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 27º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de agosto de 2019. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a re liquidar la sustitución pensional a la señora GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA a partir del 17 de marzo de 2016 en la suma de \$2.420.804 la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de Ley. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora GLORIA INES GONZÁLEZ ACOSTA la suma de \$8.075.640 que corresponde al valor de las diferencias causadas entre el 17 de marzo de 2016 hasta el 31 de julio de 2019, así como al pago de las diferencias que se causen con posterioridad conforme la parte motiva de esta providencia, hasta cuando las mismas sean incluidas en nómina. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a **indexar** el valor de cada diferencia en la mesada pensional debida a la señora GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA, desde cuando cada una se hizo exigible hasta cuando el pago de la obligación se efectúe. **AUTORIZÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a descontar del anterior retroactivo pensional, los aportes que deben efectuarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y ordenó que se trasladen a la EPS a la que se encuentra afiliada la señora GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a indexar el valor de cada diferencia en la mesada pensional debida y reconocida a la señora GLORIA INES GONZALEZ ACOSTA en la Resolución SUB 248953 del 8 de noviembre de 2017 desde cuando cada una se hizo exigible hasta el 31 de diciembre de 2017. **COSTAS**

a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. RE-LIQUIDACION SUSTITUCION PENSIONAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que se aparta de la interpretación otorgada por el Juzgado, en atención que Colpensiones cumplió el fallo proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, resaltando que en dicha oportunidad la prestación fue liquidada por el Grupo Liquidador, y periódicamente se han realizado los reajustes de Ley, por lo que, tal y como se observan de las resoluciones y pruebas documentales que obran dentro del plenario, han venido cumplido con lo encomendado en el fallo judicial.

En atención a que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS FACTICOS Y JURÍDICOS:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí es procedente re-liquidar la sustitución pensional que fue reconocida a la demandante, teniendo en cuenta el fallo proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá.

STATUS DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE:

No es motivo de discusión en la presente instancia que mediante Resolución **GNR64453 del 27 de febrero de 2014**, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones reconoció pensión de vejez al causante, el señor Pedro Pablo Morales Rubio a partir del 30 de diciembre de 2009, en cuantía del \$496.900 (fls. 58 a 60).

Igualmente, que el señor Pedro Pablo Morales Rubio falleció el 17 de marzo de 2016, conforme registro civil de defunción visible a folio 61 del expediente.

Posteriormente, que mediante resolución No Resolución **GNR166734 del 08 de junio de 2016** le fue reconocida el 100% de la sustitución pensional a la señora Gloria Inés González Acosta en cuantía de \$689.455 a partir del 17 de marzo de 2016, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Pedro Pablo Morales Rubio, tal y como se verifica a folio 54 al 57 del plenario.

Por otro lado, mediante Resolución **SUB248953 del 08 de noviembre de 2017**, Colpensiones re-liquidó la pensión de vejez post mortem del señor Pedro Pablo Morales Rubio en cuantía inicial de \$158.974 a partir del 22 de octubre de 1990 y 14 mesadas pensionales, conforme al Decreto 758 de 1990, en consecuencia ordenó la reliquidación de la sustitución pensional reconocida a la señora Gloria Inés González Acosta en cuantía de \$2.261.733 para el año 2016 y \$2.391.783 para el año 2017, lo anterior en cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2005 y complementado el 24 de febrero de 2006 sentencia que fue modificada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 29 de febrero de 2008, y que no fue casada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 27 de agosto de 2014 (fls. 127 al 134).

RE-LIQUIDACION SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Sea del caso señalar, que si bien Colpensiones dio cumplimiento al fallo judicial del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá mediante resolución **SUB248953 del 08 de noviembre de 2017**, conforme lo indica el recurrente, lo cierto es que la accionada reconoció como primera mesada pensional la que indicó el fallo judicial en la suma de \$158.974 a partir del 22 de octubre de 1990, sin embargo al realizar las operaciones aritméticas, y reajustar año a año la mesada pensional, se encuentra una diferencia respecto del cálculo de la mesada pensional que fue calculada por parte de Colpensiones, a partir de la primera mesada pensional que reconoció la Sentencia Judicial.

Aclarado lo anterior, se tiene que con apoyo del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se calculó el valor de la mesada pensional año a año, partiendo de la mesada pensional reconocida mediante sentencia judicial a partir del 22 de octubre de 2019 en cuantía de \$158.974, a efectos de verificar si Colpensiones, a

pesar que dio cumplimiento al fallo judicial, actualizó la mesada pensional año a año.

Así las cosas, al estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora GLORIA INES GONZÁLEZ ACOSTA la suma de **\$2.291.430** por concepto de re-liquidación de la mesada pensional a partir del 17 de marzo de 2016.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora GLORIA INES GONZÁLEZ ACOSTA la suma de **\$2.666.689,08** por concepto de diferencias causadas a partir del 17 de marzo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser reconocida debidamente indexada al momento de su pago.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que por expreso mandato contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que la cotización en salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos; además de los varios pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ contenidos en las sentencias del 6 de mayo de 2009, Rad. 34601, 3 de mayo de 2011, Rad. 47246, 21 de junio de 2011, Rad. 48003, 6 de marzo de 2012, Radicación No. 47528, conforme a las cuales la Corte ha considerado la viabilidad de efectuar del retroactivo pensional los descuentos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, indicando que *«el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción, teniendo en cuenta que es el pagador de la misma el llamado a hacer efectiva tal retención legal, y trasladarla a la correspondiente EPS.»*; la Sala encuentra procedente **autorizar** a COLPENSIONES para descontar el valor de los aportes al sistema general de seguridad social en salud que debe realizar la accionante, sobre el retroactivo pensional que le corresponde por la pensión aquí reconocida, y trasladarlos a la EPS determinada por la demandante.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Ahora bien, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, cabe señalar que le fue reconocida a la demandante la sustitución pensional mediante resolución GNR166734 del 08 de junio de 2016 (fls. 54 a 57), que solicitó la re-liquidación de la sustitución pensional el 12 de junio de 2018 (fl. 48 a 51) y radicó la presente demandada el día 18 de julio de 2018 tal y

como consta en el acta de reparto visible a folio 102, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará en lo restante de 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 DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora GLORIA INES GONZÁLEZ ACOSTA la suma de **\$2.291.430** por concepto de re-liquidación de la mesada pensional a partir del 17 de marzo de 2016.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora GLORIA INES GONZÁLEZ ACOSTA la suma de **\$2.666.689,08** por concepto de diferencias causadas a partir del 17 de marzo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser reconocida debidamente indexada al momento de su pago.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

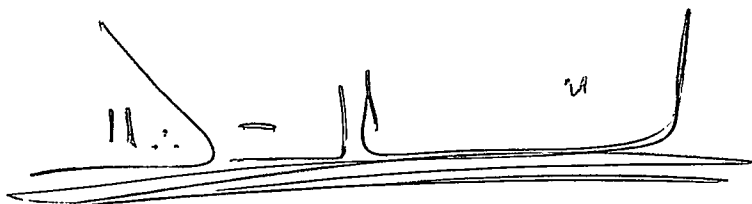
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502720180039801)



DAVID A. J. CORREA STEER

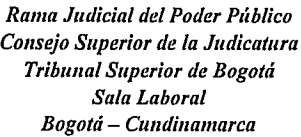
(Rad. 11001310502720180039801)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720180039801)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA RADICADO: 110013105027201839801 DEMANDANTE : GLORIA GONZALEZ DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: realizar liquidacion según instrucciones del despacho			

[illegible]

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 2.666.689,08
Total	\$ 2.666.689,08

Fuente	<i>Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,</i>
Observaciones	<i>Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.</i>

Fecha liquidación lunes, 8 de noviembre de 2021 Recibe: _____



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación No. 28-2016-00518-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **MARILU FERIA YATE**
DEMANDADO: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**
ASUNTO : **RECURSO APELACION (DEMANDANTE Y DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de febrero de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fl. 143 y 144), así como de la demandada (fls. 146 a 148) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora **MARILU FERIA YATE**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, para que previos los trámites de un proceso de fuero sindical (fl. 10 a 12):

1. Que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante **MARILU FERIA YATE** y la **SUBRED**

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE desde el 3 de junio de 2003 a la fecha de presentación de la demanda o a la fecha de la terminación del contrato de trabajo si fuere ello así.

2. Se declare que la demandante laboró durante todo el tiempo con programación nocturna de domingo a domingo con día intermedio de descanso en horario de 7 de la noche a 7 de la mañana.
3. Que se declare la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas impuestas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE.
4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE debe pagarle a la demandante las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, las indemnizaciones pedidas de carácter legal, convencional y extralegal y todo lo solicitado en la demanda, desde el 3 de junio de 2003 a la fecha de presentación de la demanda o a la fecha de su terminación del contrato de trabajo si fuere ello así:
 - a) Las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas a la demandante bajo la denominación administrativa AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, denominación funcional OPERARIO DE SERVICIOS GENERALES código 5150 GRADO IIA sumas que deben ser indexadas.
 - b) Las cesantías causadas durante todo el tiempo de prestación de servicio liquidado con la asignación legal asignada al cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CODIGO 5150 GRADO III A de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, sumas que deben ser indexadas.
 - c) El reconocimiento y pago del trabajo suplementario efectuado por la demandante durante la relación laboral.
 - d) El reconocimiento y pago de los recargos dominicales festivos y nocturnos.
 - e) Los intereses a las cesantías causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio de las cesantías año por año.
 - f) La prima de antigüedad de cada año causada, sumas que deben ser indexadas.
 - g) La prima de vacaciones de cada año causadas. Simas que deben ser indexadas.

- h)** La prima de navidad, de cada año causada, sumas que deben ser indexadas.
- i)** La prima semestral de cada año causada, sumas que deben ser indexadas.
- j)** La compensación en dinero de las vacaciones causadas y que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, sumas que deben ser indexadas.
- k)** Realizar la afiliación patronal y a efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado a favor de la demandante al sistema de Seguridad Social integral, con el salario que devengaban las trabajadoras de planta que ostentaban el mismo cargo sumas que deben ser indexadas:
 - l)** En salud
 - m)** En pensiones
 - n)** En riesgos laborales
 - o)** Caja de compensación familiar.
- p)** La devolución indexada del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE a la demandante, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente, ICA y ARL. Debidamente indexado este valor.
- q)** El pago del auxilio de transporte de cada año causado, sumas que deben ser indexadas.
- r)** El pago del auxilio de alimentación de cada año, sumas que deben ser indexadas.
- s)** Indemnización de que trata el Art. 64 del CST o análogo por haberse terminado el contrato laboral en forma unilateral y sin justa causa.
- t)** A pagar la indemnización de que trata el Art. 65 del CST o análogo por no pagar las prestaciones sociales oportunamente.
- u)** Al pago de la indemnización de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 o análogo por no haber afiliado ni consignado a la demandante al FONDO NACIONAL DEL AHORRO o al fondo correspondiente.
- v)** Sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, Ley 52 de 1975 decreto reglamentario 116 de 1976, Ley 50 de 1990, Ministerio de la Protección Social concepto 106816 de 22 de abril de 2008.
- w)** Se declare que el tiempo laborado por la señora MARILU FERIA YATE bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de "arrendamiento

de servicios de carácter privado” y de “prestación de servicios” con el Hospital de Meissen hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la correspondiente certificación laboral para el efecto.

- x) Se ordene el pago a la demandante de los días 1 de enero de 2004, 1, 2 de enero de 2005; 1 de enero de 2006; 1 de enero de 2013 y los días 2 y 3 de enero de 2014, debidamente indexados.
- y) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 24 de marzo de 2017, se dio por no contestada la demanda por parte de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE (fl. 80).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ VEINTIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 1 de febrero de 2019, en la que resolvió **DECLARÓ** que la demandante, la señora MARILU FERIAS YATE ostentó la calidad de trabajadora oficial para la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE.

DECLARÓ que entre la demandante MARILU FERIAS YATE y la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE existió una relación laboral para el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2003 al 28 de febrero de 2018.

CONDENÓ a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE al reconocimiento y pago en favor de la demandante, los siguientes conceptos:

- Diferencia salarial	\$1.478.064
- Auxilio de cesantías	\$22.386.783
- Prima de navidad	\$24.542.636
- Vacaciones	\$16.514.216
- Prima de Vacaciones	\$5.074.577

- Prima de servicios \$4.871.211
- Prima de antigüedad \$5.761.828

CONDENÓ a la demandada a pagar en favor de la demandante, las diferencias que resulten por concepto de aportes a Seguridad Social Integral para el año 2017, teniendo en cuenta el salario realmente devengado como auxiliar de servicios general de planta, en los términos señalados en la parte considerativa de la decisión.

CONDENÓ a la demandada a reconocer y pagar en favor de la demandante, la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de las acreencias causadas al término de la relación laboral, equivalente a la suma de \$39.607 diarios a partir del día 90 hábil.

ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS a cargo de la parte demandada, a favor de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

1. **HORARIO NOCTURNO:** Señala que dentro del presente asunto quedó acreditado que la demandante trabajó en horario nocturno durante mas de 18 años, pues fue la encargada de realizar la limpieza del Hospital Meissen de 7:00 PM a 7:00 AM, y de ello da cuenta la declaración rendida por su compañera de trabajo quien lo afirmó de manera enfática, clara y contundente, frente a lo cual es claro que si bien la demandante ostentó la calidad de contratista, es lógico que no tenga agendas o copias de documentos donde acredite su jornada laboral sin embargo, se encuentra acreditado que laboró en jornada nocturna, por lo que estima que debe ordenarse las condenas en horas nocturnas.
2. **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS AL FONDO:**
Señala que conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995,

y si bien en la demanda se hace mención a una norma diferente, lo cierto es que no es óbice para negarle el derecho a que tiene derecho la demandante.

3. INDEMNIZACIÓN NO PAGO DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS:

Igualmente, solicita el reconocimiento de la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías establecido en la Ley 52 de 1975, reglamentado por el Decreto 116 de 1976.

4. AUXILIO DE TRANSPORTE: Solicita el reconocimiento del auxilio de transporte, teniendo en cuenta la Convención Colectiva de Trabajo que dispuso que todos los trabajadores oficiales tienen derecho a que se les retribuya en dinero, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores privados tienen derecho a éste beneficio.

5. AUXILIO DE ALIMENTACION: Señala que la Convención Colectiva de Trabajo aportada al proceso da cuenta que las personas que trabajan para el Hospital de Meissen, tienen derecho al beneficio que se les pague el auxilio de transporte.

6. DIFERENCIA SALARIAL: Indica que si bien se allegó la hoja de vida de la demandante, copia de los contratos suscritos entre las partes que fueron allegados por la demandada, copia del manual de funciones vigente para el personal de los años 2005 a 2016, así como certificación de todos los emolumentos salariales que devenga un Auxiliar de Servicios Generales de planta, resaltando que de conformidad con las planillas de personal de planta, son las únicas de las cuales queda constancia en la Oficina de Talento Humano para efectos del pago.

En ese orden de ideas, indica que el Juzgado negó las diferencias salariales, únicamente condenó a las diferencias salariales del año 2017, por lo que solicita el reconocimiento de la totalidad de la diferencia salarial en que estuvo vigente el vínculo laboral, pues conforme los contratos y pruebas aportadas se puede determinar con facilidad, cual fue el dinero que se le pago y cual hace falta y que no fue condenada.

7. CERTIFICACIÓN LABORAL: Por último, solicita se expida certificación laboral que tenga efectos pensionales, habida cuenta que declarada la

relación laboral con una Entidad del Estado, ésta tiene todos los beneficios como trabajadora oficial de los contemplados en las normas para esta clase de servidores públicos que son diferentes a las contempladas en la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que si bien la actora prestó servicios para la entidad demandada, lo hizo en cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas en los diversos contratos de prestación de servicios y de arrendamiento de servicios que suscribió de común acuerdo con el Hospital Meissen.

Ahora, si bien la demandante desempeñó actividades que desarrollaban trabajadores oficiales, no es menos cierto que ello pudo darse a que el personal existente no alcanza para colmar la aspiración del servicio público, situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad, y en este sentido, resulta obvio que deban someterse a las pautas de ésta, y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades, por lo tanto, aquellas realizadas por los encargos de los servicios, actividad que realizaba la demandante, se requería en todo momento, ejerzan sobre ella supervisión necesaria para que se logre el objeto contractual suscrito en los diferentes contratos de prestación de servicios.

Manifiesta que el hecho que la demandante ejerciera sus actividades en las instalaciones de la entidad demandada y en cumplimiento de un turno pactado de común acuerdo, no implica por si mismo el establecimiento de una dependencia y subordinación, pues estas estipulaciones no son extrañas a los negocios jurídicos y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios.

En lo que tiene que ver con la subordinación, señala que debe tenerse en cuenta que la fecha de la suscripción de los contratos, la actora sabía la calidad con la que actuaba, así como las delegaciones que le eran propias debido a la forma que le podía ofrecer en ese momento la entidad; dentro de los mismos contratos se dejó constancia de la capacidad de contratar libre

con cualquier apremio por parte de la contratante, plasmando su voluntad y aceptación del contenido del contrato con su firma.

Adicionalmente, indica que de conformidad con la diferente jurisprudencia, la subordinación no se da por coordinación de actividades, en tanto que el contratante se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados y ello significa la configuración de un elemento de subordinación, el contratista debe probar que el supuesto vínculo fue laboral, realizando las mismas actividades que en una persona de planta y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. En ese sentido, revisando las pruebas testimoniales, no hay un claro indicio de subordinación, pues en relación a las actividades desempeñadas eran propias de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos, en ese sentido, no hay prueba si quiera sumaria que la demandante haya tenido un llamado de atención o anotación en su hoja de vida, memorando, avisos o similares, que impliquen el reconocimiento de una relación laboral, al contrario, las testigos afirmaron que la contratista debía presentar informes de gestión, realizar pagos a la Seguridad Social, se realizaban descuentos de retención en la fuente e ICA, permitidos en la contratación civil por disposición de la Ley 80, en aplicación de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que no hay dentro de los testimonios rendidos, alguno que indique que la demandante recibía órdenes de algunas personas y no existe ejemplo de los mismos, es decir que no se logra probar con suficiencia el supuesto vínculo laboral que aduce la demandante.

Por otro lado, señala que en materia presupuestal, las Empresas Sociales del Estado deben atenerse a lo dispuesto en el Decreto 111 de 1993, denominado Estatuto Orgánico de Presupuesto, artículo 71 el cual instituyó que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos de la entidad, así es que ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes o en exceso de saldo disponible, o sin autorización previa del CONFIS, o por quien éste delegue para comprometer vigencias futuras.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala que la cantidad de cargos de la planta de la entidad no los rige la misma entidad, sino que son habilitados por la Secretaría de Salud, no se pueden designar mas cargos que los indicados estrictamente por la Secretaría de Salud, por lo que se hace necesaria la contratación de personas naturales para atender las necesidades del servicio esencial de salud.

Conforme los anteriores argumentos, manifiesta que no es procedente ninguna condena a la que accedió el Juez de instancia, y mucho menos a la sanción moratoria, como quiera que la entidad nunca ha obrado de mala fe, y al contrario, ha tenido que, con el fin de prestar un servicio público esencial y darle continuidad al mismo, realizar contratación de personal, adicional a la que ya están creados para la planta física hospitalaria y así prestar un servicio de salud sin ningún inconveniente.

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

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí el vínculo contractual existente entre las partes se rigió no por un contrato de prestación de servicios regulado por la ley 80 de 1993, sino por un contrato de trabajo a término indefinido; **2.** En caso afirmativo de existir una relación laboral, sí le asiste derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales legales y convencionales peticionadas en la demanda.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Por razones de método en primer término analizará la Sala el recurso de apelación formulado por la demandada que comienza por alegar que entre las partes se celebraron diferentes contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, fueron suscritos por la demandante.

Acorde a lo anterior, la existencia del contrato de trabajo debe presumirse tal y como lo contempla el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, correspondiendo entonces al beneficiario del servicio desvirtuar dicha presunción si alega que el servicio en realidad no lo fue bajo subordinación jurídica de carácter laboral.

A su vez el artículo 3 Ibídem estipula, que una vez reunidos los 3 elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, por las condiciones peculiares del empleador (persona jurídica o natural), por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio donde se realice (así sea el domicilio del trabajador), la naturaleza de la remuneración (dinero, especie o simple enseñanza), así como tampoco por el sistema de pago, ni otras circunstancias cualesquiera, como lo es la imposibilidad de contratar personal de planta para prestar el servicio de salud o la convicción de las partes frente al contrato que consideraron tener.

Pues bien, de la documental aportada, en especial los contratos de arrendamientos y de prestación de servicios, y las certificaciones que obran a folios 53 a 56, es posible determinar que la demandante estuvo vinculada a la entidad demandada para desempeñar las funciones de asear y desinfectar las instalaciones que le fueren asignadas; realizar toda clase de limpieza de pisos, baños, ventanas, paredes, muebles de cocina, máquinas, y equipos; recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines, y demás dependencias del hospital; entre otras similares.

De manera que, está demostrada la prestación del servicio por parte de la trabajadora, y en consideración al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, le correspondía destruir dicha presunción a la demandada, debía desvirtuar el elemento de subordinación para desacreditar la relación laboral, no obstante la testigo MARIA MELIDA CHALA expuso que a la actora le era contralado el horario, debía pedir permiso para ausentarse, y recibía órdenes de sus jefes directos.

Por tanto, y en los términos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945, se considera que la prestación de servicios personales se efectuó a través de un contrato de trabajo, de modo que la relación contractual que ató a las partes, bajo los ritos formales de una

contratación de prestación de servicios, así como los denominados de arrendamiento de servicios personales de carácter privado, tuvieron el alcance de constituirse en realidad, es decir, en un contrato de trabajo, al no demostrarse autonomía ni independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la demandante.

Sumado a lo anterior, no puede soslayarse el hecho de que conforme a las probanzas, el demandante tenía que cumplir un horario de trabajo, circunstancia que por demás es indicativa de subordinación al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945.

Así pues, se allegó al plenario copias de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Hospital de Meissen, correspondientes a los años 2005, 2007 y 2016; certificación emitida por la directora de contratación de la Subred, de fecha 25 de mayo del año 2018 donde hace constar que la demandante ejecutó sus servicios en el área de servicios generales, a través de diversos contratos de prestación de servicios con fecha de inicio el 21 de septiembre del año 1998 y fecha de finalización el 28 de febrero del 2018 folios 114 y 115. A *folios 57 a 60* reposa Resolución No. 012 del 20 de enero del 2012 expedida por el Hospital de Meissen, en la cual especifica las funciones de los empleados de planta de personal que desempeñan el cargo de Auxiliar de servicios.

Se recibió el testimonio de la señora **MARÍA MÉLIDA CHALA**, quien manifestó conocer a la demandante desde el año 2003 por haber sido compañeras de trabajo en el Hospital de Meissen desarrollando las labores de los servicios generales, tales como limpiar polvo, lavar pisos, entre otras, que la jornada de la actora era de 7:00pm a 6:00am de lunes a viernes, que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a la jefe directa y reponer el tiempo los domingos y/o festivos en caso de llegar tarde a sus sitio de trabajo, que el salario devengado era la suma de \$1.200.000 que tenía que cancelar sus aportes a la Seguridad Social como independiente.

Ahora, nótese el poder subordinante que se ejercía sobre la actora conforme la Resolución No. 012 del 12 de enero del 2002, en la cual, el Hospital de Meissen Segundo Nivel, hoy Subred integrada de servicios de salud SUR E.S.E señala las funciones específicas de un auxiliar de servicios generales de planta, labores que fueron idénticas a las desarrolladas por la aquí demandante, según se desprende del contenido de la certificación visible a *folio 53* y lo manifestado por la testigo señora

María Nélida Chalan, de la que se puede establecer que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como a un horario, lo que constituye “*elemento indicativo de la subordinación laboral*”, aspecto que excluye el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, quedando claro igualmente con las declaraciones recibidas dentro del plenario, que la actividad la cumplía en las instalaciones de la entidad demandada, obedeciendo órdenes, cumpliendo características de idoneidad según las directrices del art. 1° de la Ley 6/45, y no conforme a contratos de prestación de servicios o de arrendamiento regulados por el art. 3° de Ley 80/93, precisándose igualmente que siendo la naturaleza jurídica de la encartada la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por regla general, sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, por tanto así habrá de entenderse respecto de la accionante.

En ese contexto, resulta viable presumir la existencia del contrato de trabajo que no logró desvirtuar la demandada, dado que en su defensa solo adujo que la necesidad de vincular a la actora bajo una de las modalidades de la Ley 80 de 1993, se fundamentó en la falta de personal suficiente para ejercer la actividad contratada, aseveración que apoya en diferentes contratos de prestación de servicios y de arrendamiento, informes de gestión, instrumentales que, en criterio de la Sala, lejos de desvirtuar la relación de trabajo subordinada, la reafirma.

Todo lo anterior da cuenta que, contrario a lo que afirma la demandada, lo que existió fue una verdadera relación de carácter laboral subordinada, en tanto el trabajo que desarrolló la actora era controlado; el cual debía cumplir bajo un horario de trabajo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 6.ª de 1945, en el sector oficial sí es indicativo de la dependencia laboral; desempeñaba las mismas funciones del personal de planta y con elementos de trabajo que le asignaba la demandada, hechos que tiene respaldo en la prueba testimonial practicada dentro del plenario.

Corolario de lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada, se encuentran suficientemente demostrados los elementos característicos de la relación laboral, sin que existan pruebas que desvirtúen la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la declaratoria del vínculo laboral existente entre las partes, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se declarará la existencia de un solo contrato de trabajo desde el 03 de junio del año 2003 al 28 de febrero del año 2018, el cual no fue objeto expreso de apelación.

En cuanto al salario devengado, fue objeto de apelación por parte de la demandante, quien manifestó su inconformidad respecto de la no declaratoria o reconocimiento de la **diferencia salarial** a lo largo de la vigencia del vínculo laboral, pese a que allegó la hoja de vida de la demandante, copia de los contratos suscritos entre las partes que fueron allegados por la demandada, copia del manual de funciones vigente para el personal de los años 2005 a 2016, así como certificación de todos los emolumentos salariales que devenga un Auxiliar de Servicios Generales de planta, resaltando que de conformidad con las planillas de personal de planta, son las únicas de las cuales queda constancia en la Oficina de Talento Humano para efectos del pago.

Frente al tema, no es de recibo el argumento planteado por la parte demandante, como quiera que no reposa dentro del expediente documental alguna que certifique el salario devengado por una persona que desempeñe en cargo de “Auxiliar de Servicios Generales” para toda la vigencia del contrato de trabajo de la demandante, pues contrario a lo afirmado por la parte actora, tan solo reposa a folio 110 certificación expedida por la accionada donde se indica el la asignación básica devengada por una Auxiliar de Servicios Generales para el año 2017, el cual asciende a la suma de \$1.231.216, por lo que la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto tan solo procede condena por concepto de diferencia salarial del año 2017, el cual reposa registro dentro del plenario.

En ese orden de ideas, se tendrá por declarado el salario indicado por parte del Juzgador de primera instancia de la siguiente manera:

Año	Salario
2003	\$438.708
2004	\$501.367
2005	\$538.202
2006	\$542.016
2007	\$545.926
2008	\$633.243
2009	\$639.977
2010	\$373.890

2011	\$446.987
2012	\$805.134
2013	\$830.737
2014	\$1.059.068
2015	\$879.480
2016	\$885.258
2017	\$1.108.044
2018	\$1.108.044

Aplicación de la convención colectiva

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en variada jurisprudencia como la del 08 de marzo de 2017, SL 21114-2017 reiterada el 04 de julio de 2018, SL2614-2018 ha explicado que basta que un trabajador demuestre que ostentó la calidad de trabajador oficial para que le sea aplicable la convención colectiva de trabajo, así no se encontrara formalmente en la planta de personal y esa calidad le haya sido reconocida a través de un fallo judicial, de modo que no resultan atendibles las razones expuestas por la apoderada de la demandada en su impugnación para no aplicar la convención colectiva de trabajo, más aún cuando en el folio 76 del plenario, se constata el campo de aplicación, donde se establece que la convención está destinada en forma integral a favor de todos los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo en las Empresas Sociales del Estado adscritas a la Secretaria Distrital de Salud.

Trabajo suplementario o nocturno:

Señala la parte demandante que dentro del presente asunto quedó acreditado que la actora trabajó en horario nocturno durante mas de 18 años, pues fue la encargada de realizar la limpieza del Hospital Meissen de 7:00 PM a 7:00 AM, y de ello da cuenta la declaración rendida por su compañera de trabajo quien lo afirmó de manera enfática, clara y contundente, y si bien la demandante ostentó la calidad de contratista, es lógico que no tenga agendas o copias de documentos donde acredite su jornada laboral sin embargo, se encuentra acreditado que laboró en jornada nocturna, por lo que estima que debe ordenarse las condenas en horas nocturnas.

En ese sentido, cuando el trabajador invoca el pago de trabajo suplementario, recargos dominicales, festivos o nocturno, corresponde al trabajador, en virtud del principio de la carga de la prueba, que demuestre de manera correcta los días en que éste laboró en trabajo nocturno o suplementario.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL5432 de 2019 en el que adocrinó que no se puede ignorar que la carga de demostrar la formalidad de la compensación de los recargos diurnos y nocturnos en una misma remuneración, gravita sobre quien la alega, es decir, sobre el empleado, trayendo a su vez proveído SL, 19 ago. 1964:

*“(...) De la ausencia de elementos de juicio que acrediten la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el artículo 170, no puede deducirse, dice el Tribunal, que no hubiera existido la compensación. Observa la Sala que la estipulación en referencia es uno de los presupuestos de la situación jurídica regulada por la citada previsión legal. **Es un hecho constitutivo que incumbe probar a quien lo alegue**; de la falta de prueba al respecto no puede llegarse a la conclusión a que arriba el fallador, sino muy al contrario, a la de su inexistencia. De otro lado, el patrono, en la respuesta a la demanda, no planteó la cuestión relativa a la prestación del servicio conforme a la modalidad prevista en la norma precita, ni en el juicio aportó pruebas en tal sentido, ni presentó alegación alguna con tal finalidad, las consideraciones del fallador sobre los enunciados aspectos se hallan, como se ve, fuera de la situación de hecho y derecho planteada por los litigantes.*

Teniendo en cuenta lo anterior, no se logró demostrar el trabajo nocturno por parte de la aquí demandante, toda vez que si bien la testigo MARIA MÉLIDA CHALA manifestó que la actora prestó sus servicios de 7:00 PM a 6:00 AM de lunes a viernes, no existe certeza de cual fue la verdadera jornada de trabajo de la demandante o cuales fueron los días exactos en que prestó sus servicios en horario nocturno, por lo que no queda otro camino que despachar desfavorablemente de ésta suplica incoada por la parte demandante, confirmando su absolución.

Indemnización por no consignación de las cesantías e intereses a las cesantías:

Reclama la parte actora el reconocimiento de la indemnización por el no pago de las cesantías conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995, así como los intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975, reglamentado por el Decreto 116 de 1976.

La Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006, norma que dispone en el parágrafo del numeral segundo, que en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y

cancelará de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Ahora bien, y en todo caso no puede pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expresado que dicha sanción no opera automática ni inexorablemente, sino por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, de suerte que recae en cabeza de éste la verificación de la conducta asumida en cada caso por el empleador a través de los medios probatorios, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

En el *sub examine*, ha de advertir que la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías en un fondo contenida en la mencionada Ley 50 de 1990, es un pedimento que no será acogido por la Sala, por cuanto esta normativa se aplica a los trabajadores del sector privado y en el asunto debatido se trata de una trabajadora oficial, razón por la que no hay lugar a reconocer dichos valores. Así lo explicó nuestro Tribunal de Cierre, en la sentencia SL 705- 2013 radicación No. 43833.

De manera que, no se encuentra que la actuación de SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE haya sido con la intención de vulnerar las normas laborales, y aunque no se desconoce que en la práctica se desarrolló un contrato de trabajo porque de las pruebas se deduce los elementos del mismo, esto no implica que no se haya contado con la anuencia de la demandante quien pese a conocer las condiciones de desarrollo del contrato suscribió el contrato con la entidad y bajo las mismas condiciones, generando en su co-contratante el convencimiento de que la relación se regía por un contrato de prestación de servicios, recuérdese que la demandante cumplió con cada una de las obligaciones pactadas en el contrato como lo era el pago de su seguridad social, etc., de modo que se no se impondrá tal sanción.

Auxilio de transporte y de Alimentación:

Solicita el reconocimiento del auxilio de transporte, teniendo en cuenta la Convención Colectiva de Trabajo que dispuso que todos los trabajadores oficiales tienen derecho

a que se les retribuya en dinero, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores privados tienen derecho a éste beneficio.

Por otro lado, indica que la Convención Colectiva de Trabajo aportada al proceso da cuenta que las personas que trabajan para el Hospital de Meissen, tienen derecho al beneficio que se les pague el auxilio de transporte.

En ese orden de ideas, el Art. 2 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone:

“ARTICULO 2. AUXILIO DE TRANSPORTE

A partir del 1 de enero de 2007, las ESEs, incrementarán el subsidio de transporte en el 7% o el incremento realizado a los empleados públicos del Distrito de acuerdo con los niveles que se acuerden, si éste es mas favorable.

Para el año 2008, el incremento del auxilio de transporte de los trabajadores oficiales será el porcentaje mas favorable entre el IPC nacional o el incremento del salario mínimo nacional mensual vigente o el incremento de los empleador públicos del Distrito Capital, más el 0,5%.

Para los años 2009, 2010 y 2011 el incremento del auxilio de transporte de los trabajadores oficiales será el porcentaje mas favorable entre el IPC nacional o el incremento del salario mínimo nacional mensual vigente o el incremento de los empleados públicos del Distrito Capital.”

Por su parte, el Art. 3 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone:

“ARTÍCULO 3. SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

A partir del 1 de enero de 2007, las ESEs, incrementarán el subsidio de alimentación en la cifra del 7% o el incremento realizado a los empleados públicos del Distrito de acuerdo con los niveles que se acuerden, si éste es mas favorable.

Para el año 2008 el incremento del subsidio de alimentación de los trabajadores oficiales será el porcentaje mas favorable entre el IPC nacional o el incremento del salario mínimo nacional mensual vigente o el incremento de los empleador públicos del Distrito Capital, mas el 0,5%.

Para los años 2009., 2010 y 2011 el incremento del subsidio de alimentación de los trabajadores oficiales será el porcentaje mas favorable entre el IPC nacional o el incremento del salario mínimo nacional mensual vigente o el incremento de los empleados públicos del Distrito Capital.”

No obstante lo anterior, dentro del plenario no se encuentra acreditado el auxilio de alimentación y transporte que venía reconociendo la entidad demandada a diciembre de 2011 a efectos de que sea reconocida a la aquí demandante, no quedando otro camino que despachar desfavorablemente ésta pretensión.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Inconforme con la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la anterior condena teniendo en cuenta que no se configura mala fe por parte de la demandada, como quiera que estaba bajo la creencias de un actuar de buena fe.

En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, valga recordar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reprochable que sancionar.

En consecuencia, como la demandante prestó los servicios en el área de servicios generales por mas de 18 años, a través de verdaderos contratos de trabajo, sin percibir pago por concepto de acreencias laborales, sin que aparezca acreditada la buena fe del empleador, pues no basta afirmar que consideró que la actora estaba vinculada a través de un contrato de prestación de servicios, por cuanto desde la redacción del mismo contrato que denominó "*arrendamiento de servicios personales*" ejerció el poder subordinante sobre la trabajadora quien debía *asear y desinfectar las instalaciones asignadas aplicando las normas y procedimientos establecidos para el área; realizar toda clase de labores de limpieza en pisos, baños ventanas*

*paredes, muebles de cocina, máquinas y equipos sencillos; recolectar desechos materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución; **responder por los elementos, instrumentos y equipos entregados para el desempeño de sus actividades**; participar en las brigadas de fumigación y desinfección que se desarrollan en el hospital y **realizar las demás actividades que le sean asignados** por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto del contrato”;* además que debía cumplir una jornada laboral establecida de acuerdo con las instrucciones y con los elementos que suministraba la demandada, características que no ofrecen duda razonable respecto a la naturaleza del contrato que unía a las partes.

Luego, se confirmará la condena en este punto la sentencia apelada en los términos en que dispuso el *a quo*, en consideración a que el monto de esta condena no fue objeto de apelación.

Finalmente, solicita la parte demandante se expida **certificación laboral**, que tenga efectos pensionales, habida cuenta que declarada la relación laboral con una Entidad del Estado, ésta tiene todos los beneficios como trabajadora oficial de los contemplados en las normas para esta clase de servidores públicos que son diferentes a las contempladas en la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, si lo pretendido por la parte demandante es el reconocimiento en temas de Seguridad Social en pensión, debe señalarse que la sentencia proferida en primera condenó a diferencias que resulten por concepto de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral para el año 2017, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por el Auxiliar de servicios generales de planta en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión, por lo que la demandante puede proceder de conformidad, máxime si se tiene en cuenta que la Rama Judicial no tiene facultad para emitir certificaciones laborales.

Bajo las anteriores consideraciones, no existiendo otro motivo de inconformidad para resolver, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO VEINTIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 1 de febrero de 2019, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. No **CONDENAR** en costas en la alzada.

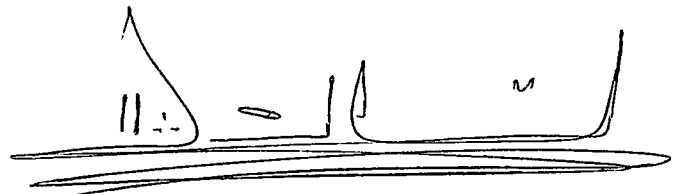
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(RAD 11001310502820160051801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(RAD 11001310502820160051801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(RAD 11001310502820160051801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 31-2015-00806-02

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: COMPañÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.
MEDISANITAS S.A. COMPañÍA DE MEDICINA
PREPAGADA
EPS SANITAS SA
CLÍNICA COLSANITAS

DEMANDADO : SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA
ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI»
- SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA

ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31º Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de los demandantes, así como de la Organización Sindical demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 12 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Las sociedades **COMPañÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A,**
MEDISANITAS S.A, COMPañÍA DE MEDICINA PREPAGADA, EPS SANITAS

S.A Y LA CLÍNICA COLSANITAS, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovieron demanda judicial en contra del **SINDICADO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL – SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, para que se declare las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la ilegalidad de la constitución del **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, registrada por parte del Ministerio del Trabajo mediante documento denominado “CONSTANCIA DE DEPÓSITO DE CAMBIOS DE JUNTA DIRECTIVA, SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL” No. 002 del 13 de enero de 2014, expedido por la Doctora Nora Gómez Santos, Inspectora de Trabajo de Bucaramanga, perteneciente a la Dirección Territorial de Santander del Ministerio del Trabajo, así como la totalidad de actos de dicha subdirectiva inscritos o registrados por parte del Ministerio del Trabajo.
2. Que se deje sin efectos el acto de constitución del **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, registrada por parte del Ministerio del Trabajo, mediante documento denominado “CONSTANCIA DE DEPÓSITO DE CAMBIOS DE JUNTA DIRECTIVA, SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL” No. 002 del 13 de enero de 2014, expedido por la Doctora NHORA GOMEZ SANTOS, Inspectora de Trabajo de Bucaramanga, perteneciente a la Dirección Territorial de Santander Del Ministerio del Trabajo.
3. Que se ordene al Ministerio del Trabajo, dejar sin efectos la inscripción del acto de constitución del **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, registrada por parte del Ministerio del Trabajo mediante documento denominado “CONSTANCIA DE DEPÓSITO DE CAMBIOS DE JUNTA DIRECTIVA, SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL” No. 002 del 13 de enero de 2014, expedido por la Doctora NHORA GOMEZ SANTOS, Inspectora de Trabajo de Bucaramanga, perteneciente a la Dirección Territorial de Santander Del Ministerio del Trabajo.

4. Que como consecuencia de todo lo anterior, se dejen sin efectos la totalidad de actos realizados por el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, desde el momento de su fundación, en especial aquellos sujetos a registro o inscripción ante el Ministerio del Trabajo.
5. Que se ordene al Ministerio del Trabajo dejar sin efectos la inscripción de la totalidad de actos realizados por el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, desde el momento de su fundación y que se encuentren sujetos a registro o inscripción ante el Ministerio del Trabajo en su registra sindical; especialmente nombramientos de Juntas Directivas.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que la subdirectiva sindical se creó el 11 de enero de 2014 en el municipio de Bucaramanga, según Acta No. 005 de enero de 2014 por los trabajadores allí relacionados. No obstante, la señora TAYDE MILENA CUELAS CASTRILLÓN, había solicitado su retiro de la organización sindical el 26 de marzo de 2013, así como la devolución del formulario de afiliación; por tanto a la data de celebración de la reunión de creación de la Subdirectiva Bucaramanga, únicamente se contaba con 24 miembros afiliados quienes desempeñaban funciones en dicha ciudad, municipio distinto al domicilio principal del Sindicato.

Igualmente, señaló que tanto en el Acta No. 005 del 11 de enero de 2014, en la que constaba la constitución del sindicato y la elección de los directivos, se dejaba constancia expresa de la asistencia de sólo 20 miembros de la organización sindical, relacionándose además en la constancia de depósito de cambios de Junta Directiva No. 002 del 13 de enero de 2014 de la Dirección Territorial de Santander del Ministerio del Trabajo, que la Subdirectiva de Bucaramanga antes era un comité del Sindicato y que asistieron 20 asociados. Así mismo, afirma que la Subdirectiva Sindical realizó el depósito de la constitución, a pesar de que le faltaban 5 trabajadores para completar el número mínimo de afiliados en un municipio diferente al del domicilio principal del sindicato, exigido por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990.

Por otra parte, indica que las actuaciones presentadas por la Subdirectiva Bucaramanga de la organización sindical ante el Ministerio del Trabajo, no

cumplen, ni han cumplido desde su fundación con los requisitos legales establecidos en los artículos 359, 366 y 391-1 del CST, modificados por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, registrándose además como domicilio de la subdirectiva, la misma dirección que corresponde al domicilio principal de la organización sindical, presentándose así múltiples inconsistencias en su acto de constitución.

Finalmente, indica que aun cuando conforme o previsto en la ley, los trabajadores que hacen parte de la subdirectiva Bucaramanga, deben trabajar en dicha ciudad, no obstante, la señora YASMIN GARCÍA VILLAMIZAR, que aparecía en el acto de constitución, no se encontraba registrada en la planilla de asistencia de la Asamblea informativa del Comité Sección Bucaramanga, realizada el 27 de julio de 2012, quien además prestaba sus servicios personales en la ciudad de San Gil, Santander, como constaba en el contrato individual de trabajo de fecha 1 de agosto de 2005. (fls. 11-15)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANADA

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito (fls 344), la accionada **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» - SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA**, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa como excepciones de mérito las de falta de jurisdicción o competencia, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, no comprender la demandan todos los litisconsortes necesarios, no haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar, haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada, inexistencia del derecho pretendido, prescripción, violación de las demandantes a las disposiciones legales e inexistencia de causales de disolución de la Subdirectiva Bucaramanga de "SINTRAOSI" (fls.419-439)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 4 de diciembre de 2019, en la que **ORDENÓ** la cancelación del registro sindical del **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL «SINTRAOSI» -**

SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA, sin perjuicio de que posteriormente se acreditara el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos del artículo 55 de la Ley 50 de 1990 y se tramite un nuevo registro sindical de la Subdirectiva Bucaramanga. **CONDENÓ** en costas a la y agencias en derecho a la demandada, en cuantía de medio salario mínimo. (fls 658).

Como fundamento de su decisión, señaló que los de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia del Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo, Subsección Segunda, para la conformación de Subdirectivas Seccionales se requería que 1. Su creación estuviera prevista en los Estatutos de la organización sindical; 2. Que la Subdirectiva o Comité tuviera una sede distinta a la sede principal del Sindicato; 3. Que el sindicato tuviera en el municipio donde va a crear la subdirectiva por lo menos 25 afiliados o 12 para el caso de los Comités Sindicales; 4. Que todos los miembros prestaron sus servicios en el municipio; y 5. Que no existiera multiplicidad de subdirectivas en el mismo municipio.

Respecto al caso particular, precisó que al momento de la creación de la Subdirectiva Bucaramanga de “SINTRAOSI” el 11 de enero de 2014, no se cumplía con los requisitos previstos en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, como quiera que no contaba con 25 afiliados que laboraran en la ciudad de Bucaramanga, en tanto, la señora JASMIN GARCÍA VILLAMIZAR, prestaba sus servicios en el municipio de San Gil, sin que fuera válido afiliar trabajadores de otros municipios, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se requería para ser miembro de una Subdirectiva el prestar sus servicios en el mismo municipio de su constitución, salvo las excepción prevista en la norma citada. Así mismo, indicó que no existía prueba en el proceso, que permitiera acreditar la afiliación demás trabajadores, que permitiera inferir el cumplimiento actual del número mínimo de afiliados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revocara la condena, señalando que desde la contestación de la demanda se viene alegando la falta de Jurisdicción y Competencia.

Respecto de la falta de **Jurisdicción**, conforme lo señala el artículo 380 del CST, este tipo de acciones se resuelven ante el Juez del trabajo del domicilio del

Sindicato, y la Juzgadora de primera instancia, en su sentencia dijo que iba a comprobar la existencia de SINTRAOSI, por lo que debió darse cuenta que el domicilio de la demandada es Soacha de acuerdo al registro sindical, resaltando la diferencia que hay entre domicilio y residencia, concluyendo que el Juzgado no ha sido competente nunca para conocer del presente asunto.

Por otro lado, carece de **competencia**, como quiera que lo que se está acatando es un acto administrativo proferido por el Ministerio del Trabajo y como consecuencia de lo anterior, la Jurisdicción Laboral no es competente para ello, con fundamento en la sentencia T – 675 de 2009, jurisprudencia que trae a colación el Juzgado, y que hace alusión al caso de María Victoria Calle, que menciona que debió haberse hecho levantamiento del fuero sindical, cosa que no se hizo, y que debía demandarse por vía contenciosa administrativa.

Por otro lado, señala que hay una **inepta demanda**, por indebida acumulación de las pretensiones, ni siquiera la sentencia fue clara frente a cuales son las pretensiones que concede, porque se invocaron varias pretensiones al respecto, por ejemplo una de las pretensiones es cancelar y disolver el registro sindical de SINTRAOSI, a nivel nacional y no hubo pronunciamiento al respecto, además porque hay discusiones de diferentes procesos, unas de rango laboral y otras de Jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que éstas acciones deben adelantarse en jurisdicciones distintas.

Por otro lado, señala que el 7 de abril de 2018, se realizó nuevamente asamblea para elegir nuevamente los representantes de la subdirectiva, cumpliendo los requisitos establecidos del Art. 55 de la Ley 50 de 1990, teniendo mas de 25 afiliados, de hecho tuvo mas de 50 asistentes a esa asamblea, todos ellos que prestas sus servicios en la ciudad de Bucaramanga, por lo que la nueva inscripción realizada en el año 2018 estaría subsanando algún eventual yerro que pudo suceder anteriormente, por lo que se cuestiona si dicha Junta Directiva está o no vigente, pues considera que actualmente no existe una causal objetiva de las establecidas en el 401 del código sustantivo del trabajo.

No obstante lo anterior, indica que para el momento de la constitución de la elección de la Junta Directiva de SINTRAOSI en Bucaramanga, si habían 25 afiliados y si en el expediente en ninguna de las partes logró probarlo, el derecho que se tiene a la justa administración de justicia y la obligación que tiene el Estado de administrar justicia, conforme la sentencia SU-484 de 2018 la obligación al Juez,

gracias a sus facultades oficiosas para que busque la prueba y de ese forma logre identificar realmente cuantos eran los afiliados en Bucaramanga, si es que las partes no lograron probarlo, pero en su opinión si es responsabilidad del Juez justamente buscar la verdad verdadera y administrar justicia.

No se trata de escuchar a las partes y fallar con base en lo que ellas logran probar sino que el papel del Juez en el Estado Social de Derecho implica administrar justicia y para eso se les dan las facultades, para que determinen si el documento que está allegado allí coincide o no coincide y creo que hay ahí un defecto en la señora Juez que administra justicia a nombre del Estado Colombiano al sencillamente fallar con los elementos que las partes allegamos al expediente y no usar sus facultades para encontrar la verdad verdadera que es lo que en este momento ha faltado en este proceso.

Insiste en la necesidad de que haya pronunciamiento sobre la importancia y la relevancia que tuvo la Asamblea del 07 de abril de 2018, en el que nuevamente se eligió una Junta Directiva, solicitando se pronuncie sobre la validez de la misma, teniendo en cuenta que en el expediente está probado que hoy se les descuenta a más de 60 personas el descuento sindical, deposito que además se hizo el 13 de abril del 2018 con el No. 231.

Por otro lado, a su consideración se está exigiendo un requisito adicional a la Organización Sindical, consistente en realizar una asamblea para elegir sus representantes, por lo que ni el empleador, ni el Estado puede imponerle una obligación al Sindicato que no está en la Ley.

Ahora, si bien en el fallo se ha dicho que procede la cancelación del registro sindical de la subdirectiva Bucaramanga, hay dos registros sindicales, el del 2014 y el del 2018, no se entiende si igualmente se anuló el del 2018, sin embargo una de las pretensiones eran los actos siguientes, y uno de los actos siguientes fue el del 07 de abril del 2018, que insiste cumple con los requisitos establecidos en la ley y por eso también solicita si la asamblea del 07 de abril del 2018 eligió válidamente a sus representantes y si lo que ocurrió del 2018 hasta hoy es valido o no, teniendo en cuenta, la salvedad que se ha hecho cuando manifiesta que *“salvo que nuevamente se haya hecho previa inscripción”* requisito que la organización sindical si cumplió y que la empresa no debatió en este proceso y el Juzgado tampoco se pronunció.

Ahora bien, alega una indebida notificación a las Organizaciones Sindicales, justamente porque no ha sido notificada en su residencia, sino que se notificó en la central general del trabajo, y eso hace que en el proceso tenga que alegarse una **nulidad** al respecto.

Igualmente, alega que en el presente asunto se configura la **excepción de prescripción** en tanto que, el Art. 455 y 151 del CST y del CPT y SS, dispone de 3 años a partir de que se haya hecho exigible la obligación, esto es, la Asamblea se hizo el 11 de enero de 2014, 2015, 2016, 2017, la demanda es presentada absolutamente extemporánea, y esto no fue objeto de pronunciamiento, solicitando que tenga en cuenta la recomendación 143 de la OIT, sobre la libertad del comité sindical, relativa a la protección y las facilidades que deben otorgarse a los representantes sindicales, que además es una norma que data del año 1971.

Señala que constituye una violación al debido proceso que se califique como extemporánea la tacha de falsedad, cuando el CPACA da 2 oportunidades para presentar la tacha de falsedad, y fueron utilizadas una de estas dos oportunidades para presentarla.

En lo que respecta de la señora TAYDE MILENA CUELAS CASTRILLON, señala que es desproporcionada la manifestación de la Juzgadora respecto de ésta, en tanto que considera que CUELAS CASTRILLON no mintió, pues no tiene ninguna necesidad ni interés de mentir, lo que está ocurriendo en el presente asunto, es que la señora CUELAS CASTRILLON ha sufrido acoso laboral.

Manifiesta que el centro del debate es que si se configuró o no causal objetiva para ordenar la disolución y la cancelación del Sindicato, no si la señora TAYDE, o la otra señora estuvieron afiliadas al Sindicato, sino que por el contrario, si existía causal objetiva para hacerlo, y esa causal objetiva no se logró probar.

Respecto del tema de la señora JAZMIN, también hay una violación al debido proceso, en tanto que la misma Juez no es claro donde prestaba sus servicios, profiriéndose un fallo caprichosamente, sin tener claros algunos elementos propios del debate, dejando de lado que la Sentencia SU-484 de 2018, le otorga facultades a la Juzgadora para que determine cual es la verdad verdadera, para eso administra justicia, en el caso que las partes no logren probar sus dichos.

Considera que hubo un error de comprensión del derecho de asociación sindical, concretamente en lo que tiene que ver con sindicatos de industria, cuando la señora Juez manifiesta que la subdirectiva no puede afiliar trabajadores de otros Municipios, a pesar que en este país existen varios sindicatos de industria que reúne no solamente afiliados trabajadores de un solo Municipio, pues afirmar lo contrario, habría una incomprensión del derecho de asociación sindical.

Igualmente, cuando se manifiesta que en el momento de la elección de la Subdirectiva no habían 25, yo enfatizo en que solo el hecho de haber 25 afiliados le da el derecho al sindicato de constituir la subdirectiva, en ningún lado dice que había que hacer una asamblea y menos dice, entonces que los 25 tenían que ir a la asamblea, insisto en que no le pueden interponer ese tipo de cargas a los sindicatos.

Recursos que procede a resolver la Sala, de acuerdo a lo normado en el artículo 66 A del CPT y la SS, y las siguientes:

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

En el presente asunto, las entidades demandantes COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A., MEDISANITAS S.A. COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA, EPS SANITAS SA y CLÍNICA COLSANITAS, pretenden la cancelación del registro sindical del denominado SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL "SINTRAOSI" – SUBDIRECTIVA BUCARAMANGA y como consecuencia la DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN del Sindicato en mención, por estar incurso en la causal consagrada en el literal d) del artículo 401 del C.S.T.

No obstante lo anterior, por razones de método, la Sala entra a estudiar los puntos de apelación que fueron incoados por el apoderado de la Organización Sindical demandada, respecto de la falta de Competencia y Jurisdicción:

Señala que en el presente asunto se configura la falta de **Jurisdicción**, conforme lo señala el artículo 380 del CST, teniendo en cuenta que éste tipo de acciones se resuelven ante el Juez del trabajo del domicilio del Sindicato, y la Juzgadora de primera instancia, en su sentencia dijo que iba a comprobar la existencia de SINTRAOSI, por lo que debió darse cuenta que el domicilio de la demandada es Soacha de acuerdo al registro sindical, resaltando la diferencia que hay entre

domicilio y residencia, concluyendo que el Juzgado no ha sido competente nunca para conocer del presente asunto.

Por otro lado, carece de **competencia**, como quiera que lo que se está acatando es un acto administrativo proferido por el Ministerio del Trabajo y como consecuencia de lo anterior, la Jurisdicción Laboral no es competente para ello, con fundamento en la sentencia T – 675 de 2009, jurisprudencia que trae a colación el Juzgado, y que hace alusión al caso de María Victoria Calle, que menciona que debió haberse hecho levantamiento del fuero sindical, cosa que no se hizo, y que debía demandarse por vía contenciosa administrativa.

No obstante lo anterior, debe recordarse que mediante auto del 10 de junio de 2019, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga, Santander provocó el conflicto negativo de competencia, el cual fue resuelto por la H. Corte Suprema de Justicia, quien mediante decisión del 14 de agosto de 2019 (fl. 497) dirimió el conflicto negativo, asignándole la competencia al Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual mediante auto del 07 de noviembre de 2019 obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior, y en consecuencia avocó el conocimiento de la presente acción, razón por la cual, tal punto de apelación ya fue resuelto por la H. Corte Suprema de Justicia, sin que sea posible entrar a estudiar nuevamente dicho punto de inconformidad.

Ahora bien, solicita se declare la **inepta demanda** por indebida acumulación de pretensiones dentro del presente asunto, como quiera que se invocaron varias pretensiones al respecto, por ejemplo una es la de la cancelación y disolución del registro sindical de SINTRAOSI, a nivel nacional y otras de rango laboral y otras de Jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que éstas acciones deben adelantarse en jurisdicciones distintas.

Frente a lo anterior, debe señalarse en primer lugar que, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada, el presente asunto tan solo se pretende la cancelación del registro sindical, y como consecuencia de ello, la disolución de la Organización sindical, las cuales se ventilan dentro de un proceso sumario de “cancelación de registro sindical”, tal y como se ha venido adelantando, no se pretenden ninguna que tenga rango laboral ordinario, ni mucho menos otras que hagan parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como lo afirma, pues el proceso se centra básicamente en la cancelación del registro sindical, cosa diferente es que vaya rodeada de situaciones de carácter laboral, sin que éstas

situaciones sean pretendidas dentro del presente asunto. Aunado a lo anterior, debe resaltarse que en el presente asunto, el Juzgado de instancia realizó en su oportunidad el análisis pertinente para determinar si efectivamente la demanda cumplía o reunía los requisitos establecidos en el Art. 25 del CPT y SS, máxime si se tiene en cuenta, y de nueva cuenta, se resalta que la excepción previa de inepta demanda fue propuesta y debidamente resuelta por el Juzgado de primera instancia en decisión del 18 de noviembre de 2019 (fl. 578) y 02 de diciembre de 2019 (fl. 656), sin que fuera apelada tal decisión.

De este articulado, cobra especial relevancia, el artículo 25-A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 13 de la Ley 712 de 2001, en cuanto regula la excepción a la regla procesal según la cual cada pretensión debe seguirse a través de un proceso diferente e independiente; de manera que si la voluntad del demandante es la acumulación de las diversas pretensiones en una sola demanda debe seguir unos parámetros, que no son otros que *i)* el juez sea competente para conocer de todas las súplicas; *ii)* que a todas las que se agregan corresponda el mismo procedimiento y; *iii)* que las agregadas no se excluyan entre sí, a menos que se trate de una acumulación subsidiaria.

En ese orden, dentro del desarrollo del proceso laboral corresponde al Juez de instancia en primer lugar efectuar el examen material y formal de los requisitos de la demanda, para concluir, si ésta cumple o no con los prescritos por el legislador; con lo que surte la obligatoriedad de comunicarle al usuario de la justicia, las falencias que adolece la estructura de la acción, concediéndole un término establecido igualmente por la ley, para que subsane tales deficiencias.

La acumulación de varias pretensiones en una sola, que es el tema que contrae el estudio de la Sala, se presenta cuando la acumulación no es lógica; en otras palabras, cuando los efectos jurídicos de las súplicas agregadas no pueden coexistir por ser antagónicas y por ello excluyentes; situación que sin su debida corrección impide al juzgador dictar una sentencia de fondo si dentro de los hechos que le sirven de fundamento a la acción no se logra avizorar la intención del demandante de preferir una pretensión sobre la otra.

Es por ello que los jueces al realizar su labor de directores del proceso deben actuar de acuerdo a las normas procesales pertinentes sin permitir que la aplicación rigurosa de estas desconozca la prevalencia del derecho sustancial,

pues en últimas, las primeras existen con el fin de efectivizar los derechos de las partes en los procesos.

De tal forma, es claro que el juez, en ejercicio de su labor de director del proceso ostenta un poder-deber, es decir, una obligación de desempeñar un rol activo en la resolución de los conflictos orientándose siempre por la protección efectiva de los derechos en litigio, sin permitir que ritualismos impidan la obtención de una justicia eficaz, eficiente y con prevalencia del derecho en defensa, resaltando que si bien su actuación activa no puede suplir etapas procesales, lo cierto es que si en su calidad de orientador del proceso, debe propender antes de dictar sentencia, corregir los yerros que se adviertan en el proceso, con el objeto de evitar una sentencia inhibitoria.

Así las cosas, debe resaltarse que mediante auto del 07 de noviembre de 2019, el Juzgado de instancia realizó el respectivo estudio para calificar la demanda aquí impetrada de manera pormenorizado, encontrando que la misma se adecuaba a los preceptos antes establecidos.

En ese orden de ideas, la demanda fue admitida en atención a la facultad que tiene el Juez de interpretar las pretensiones incoadas por la parte demandante, y en ese sentido consideró que la demanda se encontraba acorde a derecho, conforme los requisitos exigidos en los artículos 25, 25-A, 26 y 27 de esta respectiva codificación, modificados por los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 712 de 2001, y en el eventual caso en que no sea procedente una de las pretensiones incoadas, será en su oportunidad procesal en que se analizará cada situación en particular, por lo que se despacha desfavorablemente la súplica del apoderado de la demandada en que se configura una inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Por otro lado, solicita el apoderado de la demandada la **nulidad** del presente asunto por indebida notificación a las Organizaciones Sindicales, justamente porque no ha sido notificada en su residencia, sino que se notificó en la central general del trabajo, y eso hace que en el proceso tenga que alegarse una **nulidad** al respecto.

No obstante, téngase en cuenta que en audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2019 (fl. 578) si bien se propuso la excepción previa de no comprender la demanda todos los Litisconsortes necesarios, esto es, a la Subdirectiva de Bucaramanga, lo cierto es que al encontrarse presente el presidente del Sindicato, fue notificado de

manera personal, saneando cualquier causal de nulidad que incluso alega hoy el recurrente, por lo que igualmente se despacha desfavorablemente.

Ahora bien, se señala en el supuesto fáctico de la demanda, que la organización sindical cuenta con 23 trabajadores de la empresa afiliados, lo cual debe ser acreditado por activa a efectos que la pretensión tenga vocación de prosperidad.

A efectos de resolver, cabe precisar que el artículo 39 de la Constitución Política, consagra el derecho de asociación y libertad sindical, así como el reconocimiento supra legal a los representantes sindicales del fuero y de las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su función. En concordancia con lo anterior, el artículo 353 del CST, establece que los empleadores y trabajadores tienen derecho a asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, los cuales deben ajustarse en el ejercicio de sus derecho y en el cumplimiento de sus deberes a las normas sustantivas laborales, así como el derecho de afiliarse a las mismas, con la condición de observar los estatutos respectivos.

A partir de las garantías previstas en el Convenio 87 de la O.I.T., cuya aprobación por Colombia lo incorpora al bloque de constitucionalidad, se han producido precisiones importantes en la regulación de las organizaciones sindicales, contenidas entre otras en las sentencias C- 797-2000, C-465-2008 y C-201 -2014.

La C-797 -2000 en lo que interesa al objeto de este proceso, enunció, en síntesis:

Considera la Corte que la libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la

organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.

El artículo 39 dispuso que el reconocimiento jurídico de la organización sindical se produce con la simple acta de su constitución, es decir, en forma automática, y según lo establecido en los artículos 5, 6, 7, del Convenio 87 de la O.I.T., las organizaciones de los trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, sin necesidad de que el Estado otorgue el reconocimiento de personería jurídica.

Además, es cuestión que pertenece al ámbito de la reglamentación estatutaria el determinar lo relativo a la conformación de las directivas de las federaciones y confederaciones sindicales y al carácter de éstas; es decir, su carácter de provisional o definitivo. No le es dable al legislador, por consiguiente, expedir

reglamentaciones como las contenidas en la norma acusada, que conciernen con materias que pertenecen al núcleo esencial del derecho de libertad sindical.

En la C- 201 de 2002, se dejó sentado lo siguiente:

El artículo 39 de la Constitución, así como el instrumento citado, consagran el principio de autonomía sindical o de no intervención del Estado en los asuntos propios de dichas organizaciones, según el cual éstas pueden constituirse sin injerencia o autorización previa, así como redactar sus estatutos y reglamentos, sin más limitaciones que el orden legal y los principios democráticos. De igual forma, se concluye que un sindicato nace a la vida jurídica desde el momento mismo de su fundación. Sin embargo, lo anterior no significa que los derechos fundamentales de asociación y de libertad sindical sean de carácter absoluto. Por el contrario, son relativos y, en consecuencia, pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no se vulnere su núcleo esencial.

Corresponde al legislador “la responsabilidad de establecer, por medio de la ley, los preceptos que desarrollen la garantía de la libertad sindical en aspectos tales como el número de trabajadores que se requieren para constituir una organización sindical, el domicilio, estatutos, número de representantes y sus fueros, etc., es decir, en aspectos que permitan la realización plena del derecho de asociación sindical y la efectividad de su ejercicio.” No obstante lo anterior, la Corte hace énfasis en que el marco regulatorio expedido por el legislador debe respetar la autonomía de que gozan los sindicatos para establecer sus reglamentos, los requisitos de admisión de afiliados y su forma de gestión administrativa y financiera, en

desarrollo del principio de no injerencia del Estado en el funcionamiento de tales organizaciones.

Así mismo la sentencia C-465 de 2008 adoctrinó

De acuerdo con el principio de la autonomía sindical es el sindicato el que decide quiénes son sus dirigentes. La administración no puede negarse a inscribir a los miembros de la junta directiva que han sido nombrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos. Ello constituiría una injerencia indebida de la administración en la vida interna de las organizaciones sindicales. Si el Ministerio – o el empleador – considera que una persona no puede ocupar un cargo de dirección en un sindicato debe acudir a la justicia laboral para que sea ella la que decida sobre el punto.

La exigencia de informar al Ministerio de la Protección Social y a los empleadores acerca de los cambios efectuados en las juntas directivas de los sindicatos tiene por fin dar publicidad a las decisiones tomadas dentro de la organización, de tal manera que ellas sean oponibles ante terceros y que los actos que realicen esos dirigentes puedan obligar al sindicato. La comunicación no es un requisito de validez sino de oponibilidad ante terceros.

A su vez, el artículo 356¹ de la Estatuto Sustantivo, define al SINDICATO DE EMPRESA como aquel formado por “individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución”

Acota la Sala inicialmente que el artículo 359 del C.S.T., consagra que “Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados”, normativa que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-201 de 2002.

En sentencia T-376 de 2020, señaló sobre el particular:

*“Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el Congreso de la República, en virtud de la cláusula general de competencia (CP, 150.2) y por el mandato expreso del artículo 39.2 Superior, cuenta con un amplio margen de configuración para regular los aspectos del derecho a la libertad de asociación sindical. No obstante, también ha precisado que, en ejercicio de dicha facultad, el legislador no puede afectar el núcleo esencial del derecho, en especial, la autonomía de las asociaciones sindicales para dictar sus estatutos en asuntos de ingreso, administración y financiamiento. En ese sentido, la ley podrá establecer distintos tipos de sindicatos, así como fijar diferentes requisitos de constitución y ámbito de actuación para cada uno, siempre y cuando tales exigencias no hagan nugatorio el derecho de asociación o tengan efecto dilatorio sobre su ejercicio.
[...]*

¹ ARTICULO 356. SINDICATOS DE TRABAJADORES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los sindicatos de trabajadores se clasifican así:

a). De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;

“En concordancia con lo anterior, el legislador fijó para cada tipo de sindicato distintos requisitos de constitución acordes con su finalidad. Así, por ejemplo, el artículo 359 del Estatuto Laboral establece que para constituir, en el sentido de fundar, un sindicato de trabajadores o para que este subsista es necesario que cumpla con un número mínimo de afiliados, específicamente, veinticinco (25). Para esta Corporación dicho requisito no es irrazonable y, por el contrario, resulta necesario y proporcionado a la finalidad que persigue de garantizar una estructura y organización mínima y de carácter democrático del sindicato, órgano de representación por antonomasia de los trabajadores afiliados, pues, como cualquier organización, se procura que tenga un número mínimo de personas con el cual pueda cumplir cabalmente sus objetivos, hacer efectivo su normal funcionamiento, asignar a los miembros que lo conforman diversas funciones, y garantizar la participación de todos los afiliados en los asuntos que los afectan, tanto los relacionados con el sindicato mismo como los que se refieran a las condiciones laborales en que desarrollan su trabajo.

“Lo anterior, por cuanto “la Carta Política protege el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos sin intervención del Estado, pero con sujeción a un marco regulatorio general cuya expedición compete al legislador. En ese orden de ideas, los artículos 359 y 401 del C.S.T., parcialmente acusados, no violan la Constitución, pues corresponde a este último determinar el número mínimo de afiliados exigido para la constitución y subsistencia del sindicato de trabajadores”. En ese sentido, la Corte, en la Sentencia C-201 de 2002 concluyó que 25 es un número razonable para tales efectos, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un límite mínimo y no de un tope, esto es, un número máximo de trabajadores que pudieran afiliarse al sindicato”.

Finalmente, el artículo 401 del CST y SS, establece como causales exclusivas de disolución de un sindicato, una federación o confederación de sindicatos, las siguientes:

“ARTICULO 401. CASOS DE DISOLUCIÓN. Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:

a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;

b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;

c) Por sentencia judicial, y

d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.

e) <Ordinal adicionado por el artículo 56 de la Ley 50 de 1990.> En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 <380 c.s.t> de esta ley.”

Igualmente, vale la pena traer a colación el precedente jurisprudencial horizontal dentro de la Sentencia proferida por el Dr. Diego Fernando Guerrero Osejo dentro del proceso con radicado 11001310502120190050601 del 7 de abril de 2021, quien

a su vez trajo a colación la Sentencia dictada por ésta Corporación el 03 de diciembre de 2018, mediante la cual adoctrinó:

De igual manera, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, dictó sentencia el 3 de diciembre de 2018 (Fls. 161 a 175), en el cual concluyó:

*“Conforme lo anterior, el número de afiliados de la organización sindical sumadas las 5 afiliaciones que se efectuaron en el mes de septiembre de 2017, pasó a ser de 28 afiliados, **dejando de estar incurso en causal de disolución** para la fecha en que se interpuso la presente acción judicial, esto es, el 8 de marzo de 2018 [...]*

*“Por lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia esta Sala **encuentra superada la casual alegada, sin que haya lugar a declarar la disolución de la organización sindical, pues como se analizó cuenta con 28 afiliados actualmente**, razón por la cual, se confirmará la sentencia recurrida”*

(...)

Pese a lo anterior, tal carga probatoria no fue acreditada por activa, pues se limitó a aportar el certificado de la Dirección de Gestión Humana del TERMINAL DE TRANSPORTE S.A., del 8 de julio de 2019 (Fl. 11), en el cual se refiere que entre enero de 2018 y junio de 2019 se han realizado aportes por trabajadores que oscilan entre 13 y 21 trabajadores, situación que per se no desacredita que para el mes de diciembre de 2018 se contaba con 28 afiliados, ni acredita en manera alguna los motivos de la reducción certificada y que contraria la decisión judicial antes analizadas, estimación que también se predica del certificado del 25 de julio de 2019 (Fl. 23), mediante el cual se hace constar que 12 trabajadores se encuentran afiliados a ADETT, pues dicha documental incluso se contradice con el primer certificado que da cuenta que se habían realizado 13 pagos de cuotas sindicales, aunado a ello que no se avizora el soporte de la reducción de los afiliados, pese a que, se reitera, por decisión judicial se habían establecido en 28 para el mes de diciembre de 2018.

(...)

En ese orden de ideas, no se acreditó por activa que el sindicato ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS DE LA TERMINAL DE TRANSPORTE “ADETT”, se encuentre incurso en la causal consagrada en el literal d) del artículo 401 del C.S.T., motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado.”

Bajo este marco normativo, deberá estudiarse las pretensiones de la demandada, para determinar si se presenta la ilegalidad señalada por la demandante respecto del acto constitución de la SINTRAOSI – Subdirección Bucaramanga.

LEGALIDAD DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Para la parte demandante, como fundamento de la causal invocada tenía origen en el acto de constitución de SINTRAOSI – Subdirectiva Bucaramanga, por encontrarse viciado de nulidad o presentar una irregularidad insaneable por incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para tal fin, con ocasión a que se desnaturalizaba el tipo de agremiación como un sindicato de empresa o base, por haberse conformado incluyendo dentro de sus afiliados, únicamente 23

trabajadores, en tanto que la señora TAYDE MILENA CUELLAR CASTRILLON solicitó el 26 de marzo de 2013 el retiro de la Organización Sindical, y la devolución de su formulario de afiliación.

Como pruebas allegadas dentro del proceso, se encuentra prueba de la existencia de la Organización Sindical de la cual se alega, se encuentra o tiene una subdirectiva Sindical. A folio 321 del expediente, aparece una constancia de Deposito de cambio de Junta Directiva, Subdirectiva o Comité Seccional de una Organización Sindical de fecha 13 de enero del año 2014, en donde se puede leer:

“Nombre: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Organización Sanitas Internacional SINTRAOSI Subdirectiva Bucaramanga Creación”

Quedando acreditada la existencia del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Organización Sanitas Internacional SINTRAOSI Subdirectiva Bucaramanga, conforme lo indicó la Juzgadora de primera instancia.

Conviene citar el instrumento normativo acabado de mencionar, que en lo relevante a este caso señala:

“Artículo 2: los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de aliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de la misma.

Artículo 3: las organizaciones de trabajo y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. (...)

Artículo 4: las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.”

Dicha normativa ostenta fuerza vinculante al autorizarlo el art. 93 de la Constitución Política, en concordancia con el art. 39 del mismo estatuto.

El artículo 359 del Código Sustantivo de Trabajo preceptúa:

“Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) patronos independientes entre sí”.

Reposa igualmente solicitud de inscripción de Subdirectiva Seccional, así como Acta No. 005 del 11 de enero de 2014, por la cual se eligen los representantes de

la subdirectiva seccional Bucaramanga, relacionando en el llamado a lista de los asistentes, 20 de 25 afiliados a SINTRAOSI en Bucaramanga (fls. 75 a 77).

Se procede entonces a revisar en el caso que nos ocupa, si para el momento en que se realiza la inscripción de esta Junta Directiva de la Subdirectiva Bucaramanga, se cumplía con el presupuesto de los 25 miembros que establece la norma.

Lo primero que debe anotarse, es que conforme a documental obrante a folio 72 del expediente y folio 73 que forma parte de la misma constancia de depósito, se puede leer lo siguiente:

"Requisitos artículo 365 CST, subrogado por la ley 50 del 90 artículo 45.

Documentos:

- 1. Solicitud de depósito de cambio de Junta Directiva, suscrita por el presidente o secretario del Sindicato, dirigida al Inspector de trabajo del domicilio organización sindical de la subdirectiva o comité seccional.*
- 2. Parte pertinente del acta de elección suscrita por el secretario general de la organización sindical o por quien haya actuado como secretario en la respectiva asamblea.*
- 3. Listado debidamente firmado por los asistentes a la misma*
- 4. Nomina de directivos con indicación de nombres, apellidos, documento de identidad y cargos que les fueron asignados.*

Anotaciones:

Se creo la subdirectiva Bucaramanga, antes era Comité del Sindicato y asistieron 20 asociados de los 25 -se indica acá- de los que tiene el Sindicato en Bucaramanga como consta en el acta anexa, se anexa el listado general de los asociados del Sindicato de Bucaramanga (2 folios), copia de la autorización para crear la subdirectiva por la Junta Directiva Nacional (2 folios), certificado de cambio de nombre del sindicato el 03 diciembre del año 2013 (2 folios)"

Conforme lo anterior, se puede extraer del mencionado documento que, la Subdirectiva de SINTRAOSI estaría conformada tan solo con 25 asociados, razón por la cual, se centrará a estudiar si esos 25 asociados prestan sus servicios en la ciudad de Bucaramanga, requisito indispensable, por tratarse de una subdirectiva de dicha ciudad.

Así pues, a folio 443 y siguientes aparece una información de afiliados al sindicato y al hacer el conteo numérico y la confrontación con la documental obrante dentro del expediente y la anotación que aparece consignada en la constancia de depósito folio 73, tendríamos que entrar a verificar si efectivamente en el momento de la creación de esta subdirectiva, se contaba o no con 25 miembros.

Así las cosas, sea del caso precisar en primera medida, no se tiene certeza, cuales fueron los 25 asociados al SINTRAOSI Subdirección Bucaramanga, pues si bien se indica en la documental antes mencionada que se anexa el listado general de los asociados del Sindicato de Bucaramanga en 2 folios, dicho listado no fue allegado por ninguna de las partes al presente proceso, razón por la cual nos remitiremos a las pruebas obrantes dentro del plenario a efectos de determinar si se acredita el requisito establecido en el Art. 365 CST, subrogado por la ley 50 del 90 artículo 45.

La Sala resalta que mediante la ley 26 de 1976 se aprobó el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado que adicionalmente forma parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien reposa documental a folio 442 correspondiente a un listado de afiliados a la regional oriente al 11 de enero de 2014, sin que el mismo tenga firma, ni fecha de elaboración, no se sabe quien lo elaboró, por lo que no se le puede dar valor probatorio que pretende endilgarse el sindicato demandado.

Ahora, a folios 443 a 453 reposan cartas dirigidas a SOPRINSA SA, sociedad que no hace parte del presente asunto, y del cual informa que ciertos trabajadores se han afiliado al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA DE PROMOCIONES INTERNAICONALES DE SERVICIO DE SALUD SA SOPRINSA Y SUS SOCIEDAD SUBRODINADAS “SINALTRASOPRINSA”, igualmente, sin que sea parte del presente proceso, por lo que en nada aporta para resolver el presente conflicto.

Así las cosas, la Sala tuvo que hacer una relación de los asociados a SINTRAOSI en enero de 2014 a efectos de continuar con el análisis de determinar si cumplía con el mínimo de afiliados para dicha data de la siguiente manera, estableciendo los primeros 20 que fueron los que asistieron a la asamblea, y los 5 restantes, que son extraídos de la demanda y contestación así:

	TRABAJADOR	ASISTIO	CONTRATO	CARGO A 2014
1	JESSICA MARCELA VEGA PALACIO	SI - FL 82	309 - 318	
2	ADRIANA X. CRISTANCHO MUÑOZ	SI - FL 82	254 - 266	
3	OLGA LUCIA VILLABONA PEDRAZA	SI - FL 82	180 - 188	
4	VANESSA PEÑALOZA ATUESTA	SI - FL 82	218 -242	TESORERO

5	REBECCA PEÑARANDA JAIMES	SI - FL 82	189 - 194	
6	DIANA MARCELA XXXXXX	SI - FL 82		
7	FANY CELIS PINTO	SI - FL 82	267 - 258	
8	JULIA ANDREA QUINTERO ARANGO	SI - FL 82		
9	EDY ORDUZ HERNANDEZ	SI - FL 82		
10	YASMIN SUAREZ GELVEZ	SI - FL 82	259 - 291	
11	EDDY JOHANA RAMIREZ PARRA	SI - FL 82	151 - 159	SECRETARIO
12	SERGIO AUGUSTO PEÑARANDA DIAZ	SI - FL 82	161 - 167	FISCAL
13	SANDRA LILIANA LEON ORTIZ	SI - FL 82	116 - 130	
14	JENNY ISABEL AVELLANEDA VESGA	SI - FL 82		PRESIDENTE
15	YAMEL ALEXANDER HERNANDEZ GOMEZ	SI - FL 82	319	
16	SANDY YESENIA PARRA SACHICA	SI - FL 82	195 - 202	VICEPRESIDENTE
17	ESAU FIGUEROA GARCIA	SI - FL 82	131 - 150	
18	RUTH ESTHER SUAREZ	SI - FL 82		
19	EDWIN ENRIQUE HERNANDEZ MARTINEZ	SI - FL 82		
20	MARIA CRISTINA DUITAMA GALVIS	SI - FL 82	203 - 217	
21	TAYDE MILENA CUELLAR CASTRILLON	NO		<u>Renuncia</u>
22	YAZMIN GARCIA VILLAMIZAR	NO	103 - 115	<u>San Gil (fl. 104)</u>
23	DIANA VICTORIA URIBE GONZALEZ	NO	168 - 179	<u>No prueba</u>
24	MARTHA LILIANA GELVES CONTRERAS	NO	243 - 253	<u>No prueba</u>
25	LINA MARCELA CACUA RODRIGUEZ	NO	292 - 308	<u>No prueba</u>

Ahora, de la anterior relación debe resaltarse que obra a a *folio 104* reposa contrato de Trabajo de **Yazmin García**, en el cual se indica que, el lugar de prestación de servicios es la ciudad de San Gil, y si bien dentro del expediente se aporta por la parte demandada documental (*fl. 460*) por medio de la cual se pretende acreditar, que el lugar de prestación del servicio de la señora Jazmine García Villamizar era la ciudad de Bucaramanga, sin embargo el mismo fue impreso el 30 de mayo del año 2019, eso es lo que se lee en la parte superior izquierda “*30 de mayo del año 2019*”, por lo cual no corresponde a la fecha de creación o a la fecha de inscripción de esta Junta Directiva, esto es, 13 de enero del año 2014, que es lo que está en discusión y es lo que debía probar la parte demandada, como quiera que el documento que se aporta de manera alguna acredita que para enero del 2014 la señora Yazmine García Villamizar prestara sus servicios en la ciudad de Bucaramanga, por lo que debe restarse de los 25 asociados para la constitución inicial de la Organización Sindical SINTRAOSI.

Así mismo, a folio 461 aparece una certificación de afiliación al POS de EPS SANITAS y lo único que se indica, es que la señora YAZMIN GARCÍA se encuentra afiliada a EPS SANITAS desde el 13 de marzo del año 2010, sin embargo, en dicho documento, no se advierte nada más, por lo que del mismo no se puede concluir cuál es el lugar de prestación del servicio, documento que también fue impreso el

29 de mayo del año 2019 de la página, esto es, no corresponde a enero del año 2014.

Por lo que es claro, en el caso que nos ocupa, que Yazmine García Villamizar no prestaba sus servicios en la ciudad de Bucaramanga sino en el municipio de San Gil, razón por la cual la subdirectiva no puede válidamente afiliar a trabajadores de otros lugares a la ciudad que corresponde la subdirectiva, esto es, de la ciudad de Bucaramanga, y no se determina que sea del Departamento de Santander, razón por la cual solo podrán tenerse en cuenta los trabajadores que tengan su lugar de trabajo en la ciudad de Bucaramanga, y en ese sentido, no podrá tenerse en cuenta a la señora YAZMIN GARCÍA por prestar sus servicios en la ciudad de San Gil.

Por otro lado, respecto de la señora TAYDE MILENA CUELLAR CASTRILLON, si bien a folio 467 reposa formulario de afiliación al sindicato SINTRAOSI por parte de TAYDE MILENA CUELLA CASTRILLON que data del 19 de marzo de 2013, lo cierto es que a folio 84 reposa en el plenario solicitud de retiro de afiliación de sindicato, documental que data del 21 de febrero de 2013 en la que indica:

"Bucaramanga, marzo 26 del 2013

Solicitud: Retiro Afiliación del Sindicato.

Por medio de la presente quiero solicitar me retiren de dicha afiliación a esa sociedad ya que no he querido ni quiero ser participe de este sindicato, ya que conozco la empresa donde laboro y doy fe que es la mejor empresa.

Solicito me sea devuelto el formato que fue firmado ya que no aceptó dicha firma a esta afiliación y no quiere ser participe de esta sociedad."

La anterior documental fue remitida junto con la documental visible a folio 85, en la que se relacionó tanto la carta de solicitud de retiro, como la guía servientrega No 7194361966.

En lo que tiene que ver con la tacha de falsedad de documento, la cual fue declarada como una solicitud extemporánea por parte del Juzgado de instancia, y la cual reposa inconformidad por parte del recurrente, como quiera que hizo uso de uno de los 2 momentos que establece el CPACA, lo cierto es que de conformidad con el artículo 269 del CGP, aplicable por disposición analógica al procedimiento laboral, conforme lo dispone el Art. 145 del CPT y SS que establece que *"La parte*

a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba”, situación que no ocurrió en el presente asunto, sino que por el contrario, fue propuesta de manera extemporánea, por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia.

Aclarado lo anterior, tampoco es procedente que se tenga en cuenta la señora TAYDE MILENA CUELLAR CASTRILLON, al momento de la constitución de la Subdirectiva SINTRAOSI de Bucaramanga.

No obstante lo anterior, debe traerse a colación decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, en sentencia el 3 de diciembre de 2018, en el cual concluyó:

*“Conforme lo anterior, el número de afiliados de la organización sindical sumadas las 5 afiliaciones que se efectuaron en el mes de septiembre de 2017, pasó a ser de 28 afiliados, **dejando de estar incurso en causal de disolución para la fecha en que se interpuso la presente acción judicial, esto es, el 8 de marzo de 2018 [...]***

“Por lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia esta Sala encuentra superada la casual alegada, sin que haya lugar a declarar la disolución de la organización sindical, pues como se analizó cuenta con 28 afiliados actualmente, razón por la cual, se confirmará la sentencia recurrida”

En ese orden de ideas, de conformidad con la documental visible a folios 610 a 650 mediante el cual se adelantó la Asamblea Rotativa y Jornada de Elección y votación Junta Directiva de la Subdirectiva Regional Oriente SINTRAOSI realizada el 07 de abril de 2018, en la que se allega listado de afiliados SINTRAOSI BUCARMANAGA (fls. 620 a 622), relacionando por lo menos 49 trabajadores de la ciudad de Bucaramanga, junto con la constancia de registro y modificación de la Junta Directiva radicada ante el Ministerio de Trabajo el día 28 de septiembre de 2018 (fls. 654 y 655), con lo que resulta claro que, para el mes de Abril de 2018, el sindicato accionado contaba con mas de 25 afiliados, motivo por el cual, resulta menester concluir que, con posterioridad a dicha data, no se acredita que se haya reducido el número de afiliados.

Pese a lo anterior, tal carga probatoria no fue acreditada por activa, pues se limitó a aportar una documentación que en nada acredita en primer lugar para el 11 de enero de 2014 cuales fueron los 25 afiliados que fueron reportados por la

accionada, así como tampoco si de esos 25 afiliados todos siguieron activos, en tanto que se limitó a relacionar los casos de las señoras TAYDE MILENA CUELLAR CASTRILLON y YAZMIN GARCÍA, sin embargo, vale la pena resaltar que fue el Despacho quien tuvo que realizar un análisis de los 25 afiliados que inicialmente se asociaron a efectos de constituir la subdirectiva tantas veces mencionada, situación que *per se* no desacredita que para el mes de abril de 2018 se contaba con mas de 25 afiliados, toda vez que la accionada aporta senda prueba documental con la que subsanaría la causal de disolución y liquidación del registro sindical, en tanto que a partir de dicha data acredita tener mas de 25 afiliados.

En ese orden de ideas, si bien para el 11 de enero de 2014 no se acredita que hayan un mínimo 25 afiliados a la Subdirectiva SINTRAOSI Bucaramanga, lo cierto es que a partir del 07 de abril de 2018, dicha situación se encuentra subsanada, por lo que actualmente no se encuentra incurso en la causal consagrada en el literal d) del artículo 401 del C.S.T., motivo por el cual se **REVOCARÁ** la decisión en primer grado, para en su lugar **NEGAR** la solicitud de disolución, liquidación y cancelación de personería jurídica de la demandada.

Por otro lado, solicita el apoderado de la demandada que se especifique que ocurrirá con los actos proferidos por la Subdirectiva SINTRAOSI Bucaramanga con anterioridad al año 2018.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STL15144-2018, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

*“En este caso, la organización sindical accionante alega la vulneración de sus derechos al debido proceso y de asociación en el trámite sumario del proceso especial de disolución y liquidación del registro sindical adelantado en su contra, que es materia de censura, tras considerar que no procedía la orden de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, pues si bien en algún momento contó con 23 afiliados, ello se debió a la presunta persecución sindical de la empresa y en **todo caso no existía una sentencia judicial que hubiese declarado su falta de subsistencia, por lo que, en su sentir, podían seguir ejerciendo las facultades otorgadas por la ley en representación de sus afiliados e inclusive recibir trabajadores en esa calidad.***

“[...]

“En segundo lugar, se hace necesario advertir que el hecho de que se reduzca el número de afiliados de una organización sindical en determinado momento, pese a configurarse como una causal de disolución de la organización sindical por el artículo 401 del CST ya citado, tal situación por sí no le impide al sindicato seguir

ejerciendo sus facultades, derechos y obligaciones, hasta tanto un juez de la república lo declare legalmente a través del trámite previsto en el artículo 380 ibidem, ya que esta no opera ipso iure. Al respecto en un proceso de revisión en el que se debatió la facultad del sindicato para participar en un proceso de negociación colectiva, pese a la reducción de sus afiliados en un número inferior al previsto en la ley, que mutatis mutandi resulta aplicable a este asunto [...]

“[...]”

“Ahora, en el caso particular, queda claro que la organización sindical Asociación de Empleados del Terminal de Transporte S.A., se constituyó con el número mínimo de afiliados previsto en la ley; que con posterioridad, por causas que no son del caso analizar, redujo el número de afiliados a 23, pero ulteriormente, incorporó a varios trabajadores, sin que se hubiera tramitado el proceso especial de cancelación de registro sindical, tal como se deriva de las consideraciones expuestas por el Tribunal, que entendió que luego de la reducción de facto del número de adheridos, la organización no podía subsistir y por ende, no podía recibir más miembros.

Así las cosas, el juez no podía suponer que la disminución a menos de 25 afiliados de la organización sindical ADETT le impedía recibir nuevos integrantes a la asociación, máxime cuando no medió una declaración judicial que ordenara su disolución, y ciertamente el criterio que adoptó el juzgador, hace inoperante la personería jurídica, que como ha quedado dicho, solamente puede ser cancelada por orden judicial.

“En ese orden la decisión judicial sub judice, transgredió el derecho fundamental al debido proceso y a la asociación, el primero porque desconoció el artículo 39 de la Constitución, de acuerdo con el cual la disolución y liquidación de una organización sindical solamente puede ser disuelta por una sentencia judicial, y el segundo, al proscribir el funcionamiento del sindicato al reducirse el número de afiliados a menos de 25, se insiste, sin mediar orden judicial, lo que impone conceder el amparo solicitado y como consecuencia, se deja sin efecto la decisión del 26 de septiembre de 2018 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se le ordenará, a la citada Corporación que en el término de diez (10) días, contados a partir de la fecha en que reciba el expediente, dicte una nueva decisión que resuelva el recurso de apelación que interpuso la Asociación de Empleados del Terminal de Transporte ADETT, conforme a la parte motiva de esta providencia.”

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, se **DECLARARÁ** que las actuaciones proferidas por la Subdirectiva SINTRAOSI Bucaramanga con anterioridad al 07 de abril de 2018 tendrán plena validez, como quiera que en la actualidad la Subdirectiva SINTRAOSI Bucaramanga no se encuentra inmersa en ninguna causal de disolución, liquidación y cancelación de registro sindical.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación frente a la testigo de Tayde Milena Cuellar Castrillón, respecto de la cual a la parte demandada le parece una medida exagerada y desproporcionada, vale la pena señalar que fue una medida adoptada por el Juzgador de primera instancia al estar en presencia del testimonio que ésta rindió, razón por la cual es el fallador quien captó la situación y actitud de la señora Cuellar Castrillón, siendo una

situación que se le escapa de la órbita de juzgamiento al fallador de segunda instancia, por lo que será el *A Quo* quien tomará la decisión una vez regrese el proceso para su competencia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, alega que en el presente asunto se configura la **excepción de prescripción** en tanto que, el Art. 455 y 151 del CST y del CPT y SS, dispone de 3 años a partir de que se haya hecho exigible la obligación, esto es, la Asamblea se hizo el 11 de enero de 2014, la demanda es presentada en el año 2017, por lo que resulta absolutamente extemporánea, y esto no fue objeto de pronunciamiento, solicitando que tenga en cuenta la recomendación 143 de la OIT, sobre la libertad del comité sindical, relativa a la protección y las facilidades que deben otorgarse a los representantes sindicales, que además es una norma que data del año 1971.

No obstante lo anterior, el acto de constitución se realizó el **11 de enero de 2014** (fl. 75), y contrario a lo afirmado por el apoderado de la accionada, la presente demanda fue radicada el **07 de octubre de 2015** (fl. 322), esto es, dentro del término estipulado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 94 del C.G.P., luego es claro que no operó el fenómeno prescriptivo, frente a las pretensiones incoadas en la demanda.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida por el JUZGADO TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 04 de diciembre de 2019, para en su lugar **NEGAR** la solicitud de disolución, liquidación y cancelación de personería jurídica de la demandada, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que todas las actuaciones proferidas por la Subdirectiva SINTRAOSI Bucaramanga, con anterioridad al 07 de abril de 2018 inclusive, tienen plena validez.

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. 11001310503120150080602)



DAVID A. J. CORREA STEER

(RAD. 11001310503120150080602)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(RAD. 11001310503120150080602)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación Proceso especial de fuero sindical 32-2017-00447-02

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**
DEMANDADO: **JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ**
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE
COLFONDOS "SINTRACOLFONDOS" (Vinculado)
ASUNTO : **FUERO SINDICAL PERMISO PARA DESPEDIR –**
LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de proferir de plano sentencia de segunda instancia, en el proceso de la referencia, que conoció el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá con providencia del 13 de septiembre de 2018.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La sociedad **COLFONDOS SA**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda contra el **JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ**, para que previos los trámites de un proceso de fuero sindical (fl. 331):

1. Se declare que el señor **JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ**, es trabajador de **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**, desde el día 04 de julio de

2006, en virtud del contrato de trabajo suscrito entre las partes y que en la actualidad desempeña el cargo de ASESOR COMERCIAL.

2. Se declare que el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, ocupa el cargo de secretario de educación y cultura de la Junta Directiva de la Seccional Bogotá de la Organización Sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS "SINTRACOLFONDOS", y como consecuencia, goza actualmente de la garantía de fuero sindical.
3. Que se declare que el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, incurrió en faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, conforme lo previsto en los numerales 2° y 6° del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del CST, el Reglamento Interno de Trabajo y el numeral 5° del procedimiento de Gestión de Ventas (VEN-GCO-PRO-007).
4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el levantamiento del fuero sindical del demandado y se conceda a la demandante, el permiso para despedir con justa causa al señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, con fundamento en las justas causas anteriormente relacionadas.
5. Costas procesales.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ celebró contrato de trabajo a término indefinido con COLFONDOS SA el día 04 de julio de 2006; que el mismo 4 de julio de 2006, el demandado suscribió otro sí, en el que manifestó conocer y entender el manual de procedimientos de la empresa, todas sus funciones del cargo de asesor, y las políticas internas de la compañía, desempeñando actualmente el cargo de ASESOR COMERCIAL, recibiendo las capacitaciones necesarias para desempeñar el cargo.

Que el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ se encuentra afiliado a la Organización Sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLFONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS "SINTRACOLFONDOS", siendo designado en el cargo de 'Secretario de Educación y Cultura' de la Junta Directiva de dicha Subdirectiva, siendo notificada a la empresa demandante el día 24 de marzo de 2017, radicada en las instalaciones de la demandante el día 27 de marzo de 2017.

Que mediante informe realizado por Auditoría Interna del Grupo Scotiabank, se evidenció que en las prácticas comerciales de COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, existen dos prácticas que no cumplen con el modelo comercial de la compañía:

- Actividad económica de los empleadores.
- Salario reportado en el formulario de afiliación, para algunos casos, es diferente al reportado cuando se recibe el aporte.

Auditoría Interna del Grupo Scotiabank, estableció que estas prácticas conducen al riesgo de vincular afiliados que no están alineados con el modelo comercial de la Compañía, así como el pago de comisiones que no están acorde con la política de COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

Por su parte, el área de comisiones de COLFONDOS SA generó varias alertas de inconsistencias en el IBC de la afiliación versus el IBC de recaudo, teniendo como parámetros variaciones del IBC en más del 50% y en más de cinco ventas por asesor, razón por la cual, con ocasión a las alertas del área de comisiones de COLFONDOS SA, el área de riesgo de operaciones de la compañía, procedió a investigar a 19 asesores, dentro de los que se encuentra el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ.

Señala que el reporte se generó, una vez se realizó el pago completo de la comisión, esto es, un mes, que es el tiempo que se demora en hacerse efectiva la afiliación, más tres meses en que se fracciona la totalidad del pago, por lo que el proceso toma como mínimo cuatro meses.

Indica que las afiliaciones de los señores Ivette Jeannette Ruíz Valencia, Sergio Andrés Duarte Ruíz, Wilmar Yamith Corredor Quijano, Javier Orlando Baquero Ortiz, trabajadores de CICSA COLOMBIA SA, las cuales fueron realizadas por el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ.

Con el fin de continuar con la investigación adelantada por el área de riesgo operacional de COLFONDOS SA, el señor Andrés Martínez, analista de investigaciones, solicitó mediante correo electrónico del 21 de marzo de 2017, a la señora Ana María Rivera, funcionaria de CICSA COLOMBIA SA, confirmación del

cargo desempeñado y salario devengado por los trabajadores Ivette Jeannette Ruíz Valencia, Sergio Andrés Duarte Ruíz, Wilmar Yamith Corredor Quijano, Javier Orlando Baquero Ortiz, dando respuesta mediante correo del 21 de marzo de 2021, informando cargos y salarios desempeñados por éstos trabajadores mencionados, arrojando como resultado del monitoreo mensual efectuado, inflación de salarios en los formatos de vinculación de pensión obligatoria.

De la anterior investigación realizada por el área operacional de COLFONDOS SA, en el caso del demandado JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, se evidenció que de 5 afiliaciones, se confirmaron 4 inconsistencias, relacionadas con la diferencia del IBC registrado en la afiliación frente al IBC confirmado por el empleador.

Así pues, indica que mediante correo electrónico del 30 de mayo de 2017, la Directora de Riesgo Operacional de COLFONDOS SA, la señora Daisy Jiménez, remitió a la señora Adriana María León Olarte, Gerente de Gestión Humana, informe de investigación de los casos de inconsistencias en IBC de afiliaciones, razón por la cual, mediante comunicación escrita del 05 de junio de 2017, COLFONDOS SA le informó al señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ la apertura del proceso disciplinario y lo citó a diligencia de descargos para el 08 de junio de 2017 a la 7:30 AM.

Que el día 08 de junio de 2017, se realizó diligencia de descargos al señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, quien asistió en compañía de los señores Omar Alexander Sánchez Espitia y Arnulfo Barbosa Miranda, en calidad de delegados de la Organización Sindical "SINTRACOLFONDOS"; en donde el demandado no se pronunció sobre los hechos materia de investigación, negándose a absolver las preguntas formuladas por la Compañía demandante manifestando que *"no se realiza cuestionario porque no está contemplado en la convención colectiva artículo 4 inciso 2, solo se contesta lo requerido en referencia a las afiliaciones informadas por Ustedes en la citación de la diligencia"*, la única manifestación realizada por el demandado fue: *"yo como empleador no he generado ninguno (sic) beneficio particular y en ningún momento he afectado a mi libreta de notas ya que por parte de la compañía es claro y exacto los informes (...)".*

Señala que en la libreta de notas del demandado, fueron ingresadas las afiliaciones de los trabajadores Ivette Jeannette Ruíz Valencia, Sergio Andrés Duarte Ruíz,

Wilmar Yamith Corredor Quijano, Javier Orlando Baquero Ortiz, sin embargo afirma que la se registró información que no corresponde a la realidad para calcular el cumplimiento de las metas, sin embargo afirma que la conducta desplegada por el demandado generó un grave perjuicio operacional y reputacional para la compañía frente a terceros.

Finalmente, que el día 08 de junio de 2017, COLFONDOS SA informó al señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral y con justa causa, de conformidad con los numerales 2° y 6° del artículo 62 del CSR, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del CST, el Reglamento Interno de Trabajo y el numeral 5° del Procedimiento Gestión de Ventas (VEN-GCO-PRO-007). Decisión cuya aplicación solo se hará efectiva en el momento en que quede ejecutoriada la decisión judicial que otorgue autorización para despedir al demandado, decisión que fue sujeta de recurso de apelación por parte del aquí demandado, sin embargo la decisión fue confirmada mediante comunicación del 23 de junio de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda conforme se observa a folios 416 a 522, conforme el auto proferido en audiencia el 10 de julio de 2018 (fl. 523 y 524), se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte demandante, y propuso excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 13 de septiembre de 2018, en la que resolvió **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por el demandado JOSÉ LUIS ADARME RODRÍGUEZ y por la organización sindical SINTRACOLFONDOS conforme las consideraciones expuestas.

LEVANTÓ el fuero sindical de que goza el demandado JOSÉ LUIS ADARME RODRIGUEZ.

Como consecuencia de lo anterior, **AUTORIZÓ** a la demandante COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a proceder con el despido del demandando JOSÉ LUIS ADARME RODRIGUEZ.

Condenó en **COSTAS** al demandado y a favor de la demandante, tásese por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV.

Como fundamento de su decisión, señaló que de conformidad con las pruebas documentales y testimoniales dentro del plenario se logró acreditar que, no hay una situación de juicio diferente que permita deducir que efectivamente cualquiera de esos 4 afiliados percibía un ingreso o salario igual o similar al que fue reportado en los formularios de afiliación y en todo caso, superior a aquel con el cual se hicieron las cotizaciones en su momento, concluyendo que se acreditaba la justa causa endilgada al actor, tanto en la diligencia de descargos, como en la carta de terminación del contrato de trabajo, ordenando levantar el fuero sindical de que goza el demandado JOSÉ LUIS ADARME RODRIGUEZ, autorizando de ésta manera a la demandante COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a proceder con el despido del demandando JOSÉ LUIS ADARME RODRIGUEZ.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

- 1. LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se niegue la solicitud de levantamiento de fuero sindical, así como el permiso para despedir al trabajador demandado, teniendo en cuenta que se han invertido los principios que deben ser considerados para la valoración probatoria en el presente asunto, especialmente, el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, entre otras.

Señala que hace referencia a este hecho, porque a su consideración, en un uso aparente de las facultades *ultra* y *extra petita*, el señor Juez, fue más allá de lo solicitado, y entra a hacer una valoración que podría ser viable, siempre y cuando hubiese favorecido los intereses del trabajador, pero no para agravar su situación en un proceso especial de fuero sindical, que afecta directamente las garantías fundamentales del trabajador, así como de la Organización Sindical, respecto de otros asesores que cumplen las mismas funciones de ventas de productos comerciales de afiliación a los Fondos privados de pensiones y cesantías, en tanto que se les impone a través de éste proceso, una carga casi imposible de cumplir.

Manifiesta que es un hecho notorio, por costumbre en Colombia, los trabajadores se ven obligados a presentar demandas laborales ante ésta Jurisdicción y ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener la re-liquidación de sus pensiones, porque como en efecto ocurre, en la mayoría de los casos, el pago del ingreso de los aportes para pensión (IBC), difiere no ostensiblemente de lo que el trabajador ha pactado o ha considerado, o de lo cual, se encuentra plenamente convencido de su ingreso mensual.

Así pues, indica que de conformidad con las pruebas decretadas de oficio por el Juzgado de primer grado, es casi imposible que coincida el salario, que exige el formulario de afiliación, frente al IBC, sin que para éste efecto importe si es por encima o por debajo, aunque, señala que, para COLFONDOS SA, solamente le interesaba que fueran cotizaciones inferiores al valor reportado del 50%, señalando que los 3 conceptos son absolutamente distintos, de conformidad con la Ley, en tanto que el salario está calificado por el CST en su artículo 127, por lo que de lo que si el trabajador devenga beneficios, garantías convencionales, legales, extra legales, puede que no tenga connotación salarial y bajo el convencimiento que sobre éstos se hacen aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. Por su parte, el artículo 128 del CST, señala de manera expresa los rubros que no pueden ser considerados como salario, lo que significa que un trabajador puede estar convencido que alguno de los rubros establecidos en el artículo 128 del CST, y que puede estar devengando, constituyan salario, y así lo informe al asesor.

En ese orden de ideas, insiste que es completamente distinta la segunda opción, que permite el formulario de afiliación llamado “ingreso”, los cuales pueden constituir salario o no, y por lo tanto, puede suceder que sea informado al asesor que devenga como salario, los valores que eventualmente no tengan connotación salarial, sin que en ese momento el asesor pueda verificar si dicha información es real o no, sin embargo, no sería necesario cotejar la información diligenciada en el formulario de afiliación, como quiera que en dichos formularios aparecen notas precisas, en las cuales, tanto el trabajador, como el representante legal de la Compañía, dan fe, bajo la gravedad de juramento, que dicha información, esto es, el salario o el ingreso, es distinto en la base de cotización.

Teniendo en cuenta lo anterior, el trabajador demandado dentro del presente asunto, cumple a cabalidad con lo establecido en el numeral 5,1 del procedimiento de gestión de ventas B3, que es la que ha tenido en cuenta el señor Juez para proferir su decisión, y que titula *“Solicitudes de vinculación o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias COLFPOSE 001”* que establece: *“El asesor comercial debe garantizar que la información contenida en los formatos de vinculación a cualquier producto es veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible”*.

Indica además que, COLFONDOS SA tendría que exigir unos requisitos distintos, o incluso modificar su formulario de afiliación y establecer en los mismos que para el efecto, debe allegar los comprobantes, certificaciones, nóminas o recibos que puedan acreditar dicha información, información que se reporta por parte de los patronos, empresa o trabajadores independientes, incluso, señala que podría diferir también por efectos de que el salario sea variable.

En ese sentido, manifiesta que debe tenerse en cuenta el Decreto, que desde 1994 rige para liquidar y pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y especialmente, en el tema pensional, que al compararlo con el Art. 127 del CST, es totalmente distinto, toda vez que en el mismo no se incluyen algunas partidas que si son consideradas por el artículo 127 del CST como parte del salario, por lo tanto, es posible que no siempre coincida la información de la afiliación con la que se reporta, como ingreso base de

cotización, y con mayor razón, si estos salarios llegan a ser variables, por lo tanto, le queda imposible al asesor comercial, garantizar que los valores que liquida la empresa o el empleador, o incluso el trabajador independiente, sean absolutamente igual desde el momento de su afiliación, o incluso equivalente al valor reportado en el formulario donde no se exige el ingreso base de cotización, sino por el contrario, se solicita en el formulario, se indique el valor del salario o ingreso, resaltando que el Juzgado no realizó el análisis frente a éste tema, lo cual fundamentó la defensa del trabajador, y que es una carga de imposible cumplimiento para el demandado, desconociendo completamente el principio de buena fe, toda vez que el asesor comercial confía, y así debe ser, en la información que le está siendo suministrada el afiliado, lo contrario, exigir documentos, sería desconocer el principio de buena fe consagrado en el Art. 83, el cual además de presumirse, se ratifica con lo establecido en el Art. 55 del CST, y es por ello que el asesor comercial está en la obligación de confiar y darle credibilidad a la información que le reporta el afiliado, y que es ratificada por el empleador, bajo la gravedad de juramento, con la firma y sello de la empresa.

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

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical

5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.

5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,

"A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse "inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador"¹, habida cuenta que "el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración"².

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad³. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad

¹ Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: "Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia" y "se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto", siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo".

² Idem.

³ T-029 de 2004, T-731 de 2001

social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001⁴, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral⁵.

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir⁶.»

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1)** Sí el trabajador demandado JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, está amparado por la garantía de fuero sindical, respecto del sindicato SINTRACOLFONDOS, **2)** Sí la parte demandante logró acreditar la configuración de la justa causa prevista en los numerales 2° y 6° del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en

⁴ T-253 de 2005

⁵ C-1232 de 2005

⁶ C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: “En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial”.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del CST, el Reglamento Interno de Trabajo y el numeral 5° del procedimiento de Gestión de Ventas (VEN-GCO-PRO-007).

1. DEL VÍNCULO LABORAL:

No fue materia de controversia la existencia del vínculo laboral que ata a las partes mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de julio de 2006, ocupando el demandado el cargo de ASESOR COMERCIAL, conforme la confesión de las partes, tanto en la demanda, como en su contestación, así como copia del contrato de trabajo visible a folios 51 a 53 y anexos a folios 54 a 69.

2. DEL FUERO SINDICAL

Tampoco se discute la calidad de aforado que ostenta el trabajador encartado, al pertenecer a la Junta directiva de la subdirectiva de la Organización Sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS "SINTRACOLFONDOS"- Seccional Bogotá, conforme se constata con la documental aportada con la contestación de la demanda, obrante a folio 499 del plenario, en la que el demandado JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ ostenta la calidad de SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, por lo que es claro que, en efecto, el demandado es beneficiario de la protección consagrada en el literal B del artículo 406 del Código sustantivo del trabajo.

Lo anterior adicional a que tal circunstancia no ha sido controvertida dentro del proceso y que la propia demandante afirma la existencia de la garantía foral en la medida en que pretende su levantamiento.

3. DEL PERMISO PARA DESPEDIR:

Establecida la existencia del contrato de trabajo, así como del fuero sindical, debe precisarse que siempre que un empleador deba ejercer alguna de las prerrogativas (despido, desmejora, o traslado) frente a un trabajador aforado, debe acudir al procedimiento especial que regula la Ley en el artículo 113 del CPL, dentro del cual puede obtener la calificación judicial de existencia de una causa legal de despido o

desmejora en las condiciones de trabajo, o de las razones legales que habiliten un traslado.

Con ello el ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical dando estabilidad *relativa* a los trabajadores aforados, y al mismo tiempo permite al empleador la movilidad de su recurso humano cuando existan causas legales o razones que la autoricen.

En este orden de ideas, las controversias sobre la existencia o no de razones para efectuar un traslado o causas justas para proceder con un despido o una desmejora salarial, no son objeto del proceso incoado por el trabajador en ejercicio de la acción de reintegro o reinstalación que le otorga el artículo 118 del CPL.

Tales controversias se deben desatar judicialmente antes de efectuar el despido, el traslado o la desmejora, mediante la acción que otorga al empleador el artículo 113 del CPL, independientemente de que puedan existir razones legales que autorizan el traslado, **el despido o la desmejora en las condiciones de un trabajador aforado, ellas se deben calificar previamente por el juez del trabajo; solo así se protege eficazmente el derecho de asociación sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico.**

La empresa demandante, pretende el levantamiento del fuero sindical del accionado invocando la ocurrencia de una justa causa para despedir, consistente en la afiliación de unos trabajadores de la empresa CICSA: Ivette Jeannette Ruíz Valencia, Sergio Andrés Duarte Ruíz, Wilmar Yamith Corredor Quijano, Javier Orlando Baquero Ortiz, respecto de los cuales reportó un IBC que no corresponde a la realidad, conforme el IBC certificado por el empleador del afiliado y el IBC efectivamente recaudado, configurando una justa causa prevista en los numerales 2° y 6° del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del CST, el Reglamento Interno de Trabajo y el numeral 5° del procedimiento de Gestión de Ventas (VEN-GCO-PRO-007).

Es así que, la Litis como se planteó versa sobre la existencia o no de esta justa causa comprobada para dar por terminado el contrato de trabajo al demandado, conforme a lo manifestado por la empresa demandante y será en torno a ella que se analizará el acervo probatorio, debiéndose tener en cuenta que para poder despedir

legalmente a un trabajador aforado, es necesario que el Juez del trabajo conceda el respectivo permiso, previa demostración dentro del proceso que se presenta alguna de las justas causas señaladas en el artículo 410 código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 8 del Decreto 204 de 1957, como es lo siguiente:

“Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:
a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, y
b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.”

En el presente asunto, aduce la actora que el demandado, ejerciendo su cargo de ASESOR COMERCIAL, afilió a unos trabajadores de SICSA COLOMBIA con un IBC que no corresponde con la realidad, diferente al IBC efectivamente recaudado.

Así mismo, que mediante informe de investigación realizado por el área de riesgo operacional el día 25 de mayo de 2017, se logró extraer lo siguiente:

“A partir de recomendación de la Auditoría Interna, desde enero de 2017 se está efectuando monitoreo mensual a los casos en donde se presenta inflación de salarios en los formatos de vinculación a pensión obligatoria. Para esto, el área de Comisiones genera alertas de inconsistencias en el IBC de la afiliación vs IBC de recaudo, teniendo como parámetros variaciones de IBC en más de un 50% y variaciones en más de 5 ventas por asesor. El reporte se genera una vez se realiza el pago completo de la comisión (1 mes que se demora en hacer efectiva la afiliación, mas tres meses en que se fracciona la totalidad del pago), de manera que el proceso toma como mínimo 4 meses. Estas alertas son enviadas al área de Riesgos Operacional para validar las inconsistencias.
Como resultado de este monitoreo el área de Riesgos informó al Comité de Asuntos no éticos del 26 de abril de 2017, el resultado de la investigación de 8 asesores en los cuales se le confirmó inconsistencias del IBC (...)

(...)

4. José Luis Adarme

Hallazgos: Después de validar 5 afiliaciones, se confirmaron 4 inconsistencias, dadas por la diferencia del IBC relacionado en la Afiliación frente al IBC confirmado por el empleador.

A continuación se detallan los hallazgos, el IBC promedio recaudado y la confirmación de parte de área de Mercadeo del pago de la comisión al asesor:

<i>Fecha solicitud</i>	<i>CC</i>	<i>Afiliado</i>	<i>Razón social</i>	<i>IBC Afiliación</i>	<i>IBC Empleador</i>	<i>Promedio IB real</i>	<i>Pago comisión</i>
------------------------	-----------	-----------------	---------------------	-----------------------	----------------------	-------------------------	----------------------

20160317	52116865	Ivette Jeannette Ruiz Valencia	CICSA COLOMBIA SA	\$2.100.000	\$745.500	\$772.152	SI
20160329	1013607651	Sergio Andrés Duarte Ruiz	CICSA COLOMBIA SA	\$1.900.000	\$737.717	\$916.000	SI
20160414	1073154063	Javier Orlando Baquero Ortiz	CICSA COLOMBIA SA	\$2.100.000	\$737.717	\$993.333	SI
20160414	80191668	Wilmar Yamith Corredor Quijano	CICSA COLOMBIA SA	\$1.900.000	\$737.717	\$938.000	SI

Incumplimiento: De acuerdo a lo establecido por el Procedimiento Gestión de Ventas (VEN-GCO-PRO-007), la información contenida en los formatos de vinculación a cualquier producto, debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Teniendo en cuenta las inconsistencias de la información en las afiliaciones respecto al IBC informado por la empresa y el efectivamente recaudado, el asesor está incumplimiento lo establecido en el procedimiento.

Consecuencias: Colfondos se ve afectada reputacionalmente frente a los empleadores, debido a las malas prácticas realizadas por el asesor comercial. El cliente nos e ve afectado económicamente por las inconsistencias efectuadas.

Beneficios del Asesor: El asesor recibe el pago de comisión en función del recaudo recibido. Aunque el asesor no se beneficia económicamente en función del IBC de la afiliación, sí se beneficia al mejorar su calificación en la libreta de notas y su posición de ranking para la Convención Anual de Ventas. El Director comercial sí se beneficia económicamente en función del IBC de las afiliaciones relacionadas por su grupo comercial.

Otros: Este funcionario se encuentra vinculado a una Organización Sindical.

Pruebas: Como material probatorio, se anexan las afiliaciones y los correos remitidos por los empleadores”

Por otro lado, reposa documental del 05 de junio de 2017 mediante la cual se da apertura formal de proceso disciplinario – citación a diligencia de descargos, por los posibles incumplimientos a sus obligaciones laborales, específicamente por los hechos conocidos por Gestión Humana mediante informe de investigación remitido el 30 de mayo de 2017 por el área de Riesgo Operacional, mediante la cual se pone de presente que diligenció unas afiliaciones que presentan diferencias entre el IBC reportado en la afiliación, el IBC certificado por el empleador del afiliado y el valor del IBC efectivamente recaudado (fls. 115 y 116).

Igualmente, fueron aportados los formularios de afiliación de los señores Ivette Jeannette Ruíz Valencia (fl. 136), Sergio Andrés Duarte Ruíz (fl. 137), Wilmar Yamith Corredor Quijano (fl. 139), Javier Orlando Baquero Ortiz (fl. 138), correos electrónicos para esclarecer el salario de los 4 trabajadores mencionados anteriormente (fls. 140 a 142).

A folio 143 a 149 del expediente, obra acta de diligencia de descargos llevada a cabo el 08 de junio de 2017, en la que se verifica que el demandado no dio respuesta a los interrogantes presentados por la compañía demandante, por el contrario, realizó la siguiente manifestación a folio 147:

“Las afiliaciones se realizan según el procedimiento y con la asesoría de cada uno de los afiliados donde se les realiza el diligenciamiento del formulario de afiliación de pensiones con los datos personales que cada afiliado nos suministra y luego se confirma con lo requerido en el formulario, para luego firma y huella de cada uno de los afiliados, el empleador firma y sella y avalada para el radicado de cada una de las afiliaciones, toda vez que se realiza de buena fe según los datos entregados por el afiliado.

Aclaro que no puedo garantizar la información suministrada por el cliente en cuanto al salario sea totalmente cierto, ya que la empresa no suministra información exacta de ellos, como se puede verificar en el reporte que ustedes realizaron, donde se ven las variaciones de salarios y la información suministrada de la compañía no es exacta, que es la que tiene en cuenta la compañía para citar a estos descargos”

A folio 150 a 152 del expediente, obra comunicación remitida al demandado con referencia de “Terminación del contrato de trabajo con justa causa” en la cual se hace referencia nuevamente a los hechos previamente expuestos, se hace referencia a los descargos presentados por este y se concluye en el numeral 6 lo siguiente:

“De conformidad con los hechos anteriormente señalados, la compañía haciendo uso de las facultades que la ley le otorga, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa, de conformidad con lo previsto en los numerales 2 y 6 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del código sustantivo del trabajo, el reglamento interno del trabajo y el numeral 5 del procedimiento de gestión de ventas, reiterando que esta decisión se encuentra sujeta al proceso de levantamiento de fuero sindical que se instaurará de conformidad con la normatividad vigente.”

Decisión frente a la cual el demandado presentó recurso de apelación, folios 159 a 161 del expediente y a folios 162 a 165 del expediente, comunicación del 23 de junio del 2017 mediante la cual se resuelve el recurso de apelación presentado, confirmando la decisión tomada por la compañía de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Por otro lado, reposa cruce de correos entre el señor Andrés Martínez Grau, Analista de investigaciones de COLFONDOS SA, y la señora Ana María Rivera, Trabajadora del empleador SICSA COLOMBIA SA, en la cual ésta última envía la siguiente

información respecto de los salarios devengados por los trabajadores que a continuación se relacionan, previamente solicitada por la demandante:

Nombre del Afiliado	Cargo	Salario o Ingreso Mensual	SICSA Salario
Ivette Jeannette Ruiz Valencia	Ejecutiva de servicios	\$2.100.000	\$745.000
Sergio Andrés Duarte Ruiz	Supervisor	\$1.900.000	Se encuentra retirado
Javier Orlando Baquero Ortiz	Técnico de redes	\$2.100.000	\$737.717
Wilmar Yamith Corredor Quijano	Técnico	\$1.900.000	\$737.717

Ante un requerimiento efectuado por la parte demandante, COLFONDOS allegó certificación con el listado del salario de ingreso mensual IBC, reportado por el empleador en Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y registrada en el aplicativo As400 frente a cada trabajador para el primer semestre del año 2016, en el cual se puede observar en el caso de IVETTE JEANNETTE RUIZ VALENCIA a folio 559 reverso, que se le efectuaron las siguientes cotizaciones:

Periodo	Salario o ingreso mensual
2016-06	\$882.000
2016- 07 a 2017-01	\$745.000
2017-02 a 2017-08	\$745.500
2017-09	\$894.600
2017-10 a 2017-12	\$775.320
2018-01	\$781.243
2018-02 a 2018-03	\$781.242
2018-04	\$781.243
2018-05 y 2018-06	\$781.242.

Frente a lo cual se observa en este primer caso, que en todos los periodos cotizados por el empleador, nunca se ha acercado si quiera al Ingreso o salario mensual que se reportó en el formulario de afiliación.

En el caso de SERGIO ANDRÉS DUARTE RUIZ folio 570 del expediente, se reportó:

Periodo	Salario o ingreso mensual
2016-06	\$751.000
2016-07	\$1.049.000
2016-08	\$931.000
2016-09	\$955.000
2016-10	\$812.000
2016-11	\$735.000
2016-12	\$885.000
2017-01	\$983.000
2017-02	\$98.363

Conforme lo anterior, se tiene que solo cuenta con 4 días reportados en el periodo 2017-02, arribando a la misma conclusión, del primer caso, relacionado a que el ingreso reportado en el formulario no coincide, ni se acerca siquiera al IBC realmente cotizado.

Respecto de JAVIER ORLANDO VAQUERO ORTIZ folio 582 del expediente, tenemos lo siguiente:

Periodo	Salario o ingreso mensual
2016-08	\$984.000
2016-09	\$1.023.000
2016-10	\$916.000
2016-11	\$856.000
2016-12	\$1.006.000
2017-01	\$1.143.000
2017-02	\$1.109.000
2017-03 y 2017-04	\$737.717
2017-05	\$976.106
2017-06	\$1.019.758
2017-07	\$1.215.110
2017-08	\$1.009.321
2017-09	\$1.094.401
2017-10	\$1.053.601
2017-11	\$1.095.121
2017-12	\$1.055.520
2018-01	\$999.795
2018-02	\$912.600
2018-03	\$965.040
2018-04	\$1.091.160
2018-05	\$1.340.719
2018-06	\$1.013.196

Y respecto de WILMAR YAMITH CORREDOR QUIJANO folio 566 reverso del expediente, tenemos:

Periodo	Salario o ingreso mensual
2016-08	\$982.000
2016-09	\$757.000
2016-10	\$818.000
2016-11	\$805.000
2016-12	\$809.000
2017-01	\$1.006.000
2017-02	\$797.000
2017-03	\$913.531
2017-04	\$949.456
2017-05	\$1.051.273
2017-06	\$909.553
2017-07	\$924.381
2017-08	\$1.000.450
2017-09	\$886.888
2017-10	\$737.718

2017-11	\$792.413
2017-12	\$905.311
2018-01	\$1.014.841
2018-02	\$1.315.457
2018-03 (x12 días)	\$312.497
2018-05 (x3 días)	\$78.125
2018-06 (x5 días)	\$130.207
2018-06 (x5 días)	\$130.207

De los cuales, al igual que con los 2 afiliados ya señalados, en ninguno de los 4 casos aquí estudiados se observa que el IBC haya correspondido al realmente cotizado, ni siquiera estuvo cercano a ese ingreso salarial mensual referido en los formularios de afiliación.

A folio 753 del expediente, obra respuesta suscrita por Andrea Hernández Espitia, **jefe de Gestión Humana de SICSA COLOMBIA SA**, en los siguientes términos:

“Con el fin de dar respuesta al derecho radicado por el señor José Luis Adarme Rodríguez identificado con c.c. 79.535.797 el Juzgado 32 laboral del circuito, donde solicita una certificación por parte de nuestra compañía para validar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social durante los 3 meses posteriores a su afiliación al fondo de pensiones Colfondos:

NOMBRE	FECHA DE INGRESO	SALARIO INICIAL	AFP	IBL 1 MES	IBL 2 MES	IBL 3 MES
IVETTE JEANNETTE RUIZ VALENCIA	16/02/2015	\$644.350	COLFONDOS	\$882.000 Junio 2016 (Salario + auxilios)	\$745.000 Julio 2016	\$745.000 Agosto 2016
SERGIO ANDRÉS DUARTE RUIZ	23/05/2015	\$644.350	COLFONDOS	\$751.000 Junio 2016 (Salario + auxilios)	\$1.049.000 Julio 2016 (Salario + HE + auxilios)	\$931.000 Agosto 2016 (Salario + HE + auxilios)
JAVIER ORLANDO BAQUERO ORTIZ	23/10/2014	\$630.000	COLFONDOS	\$984.000 Agosto 2016 (Salario + HE + auxilios)	\$1.023.000 Septiembre 2016 (Salario + HE + auxilios)	\$916.000 Octubre 2016 (Salario + HE + auxilios)

Señala igualmente que, en el caso de IVETTE JEANNETTE RUIZ VALENCIA, para el segundo y tercer mes, las cotizaciones únicamente se hicieron con base en el salario y que para el primer mes correspondió a salario más auxilios.

En el caso de Sergio Andrés Duarte Ruiz, durante los 3 periodos señalados correspondió a salario más horas extras, más auxilios, al igual que el señor Javier Orlando Vaquero Ortiz salario, horas extras y auxilios.

Finalmente señala:

“Cabe aclarar que los auxilios que se tienen en cuenta para calcular el IBL, son extra legales porque son auxilios destinados a rodamiento y a comunicación, solamente se tienen en cuenta cuando superan el 40% de los pagos constitutivos de salario, acogiéndose a la ley 1393 de 2010. Estos auxilios no son fijos, son variables”

Conforme a la documental anterior, no se desprende que alguno de los afiliados haya percibido suma superior a las que se están certificando, por el contrario, se indica que, únicamente se tendrá en cuenta otro valor, en el evento en que supere el 40% de los pagos constitutivos de salario, pero de ella no se desprenda que los afiliados mencionados reciban otros salario que no se hayan tenido en cuenta para las cotizaciones, por ser extralegales, a efectos de tenerlos en cuenta para el presente asunto y eventualmente respaldar la información proporcionada en el formulario de afiliación, tal es el caso de IVETTE JEANETTE RUIZ VALENCIA registrando la suma de \$2.100.000, y en el caso de los señores SERGIO ANDRES DUARTE RUIZ y WILMAR YAMITH CORREDOR QUIJANO, la suma de \$1.900.000.

Por otro lado, se recibieron los testimonios de los señores **JENNY ALEJANDRA REY PELÁEZ, LUZ DAISY JANETH JIMÉNEZ RAMÍREZ y LAURA MARGARITA LACOUTURE MORA** quienes coincidieron en dar cuenta de la auditoría, así como de unas recomendaciones de un proceso de verificación por parte del área de riesgo operativo y de los hallazgos encontrados que determinaron la decisión de despido del demandado.

De igual manera, el testimonio del señor **ROBERT FAJARDO MONTES** indicó la forma en que se manejaba la libreta de notas, herramienta que se tenía al interior de la compañía para medir el desempeño de la fuerza comercial, lo cual generaba un incentivo para los mejores calificados, que el incentivo era participar en la convención de ventas anual que se genera un ranking, de lo cual, también da cuenta el representante legal de la demandante, el señor **JUAN MANUEL TRUJILLO SÁNCHEZ**, al absolver el interrogatorio de parte.

Por su parte, la señora **GLIBSA MILENA REY BORDA** fue enfática en manifestar que la labor del asesor al momento de la afiliación era diligenciar el formulario conforme lo que les diga el cliente, toda vez que los asesores están sujetos a la información que le suministre el afiliado y el empleador, que ella estuvo buscando el reglamento de ventas y no lo encontró, que lo desconocía.

Por su parte, **ARNULFO BARBOSA MIRANDA**, igualmente refirió que al momento de la afiliación, se sustraía a diligenciar el formulario conforme la información que daba el cliente, toda vez que los asesores están sujetos a lo que les diga el afiliado y el empleador, indicó no conocer este procedimiento de ventas, refirió que se daban capacitaciones sobre el diligenciamiento de los formularios, que cuando cambiaban los formularios, los directores les explicaban sobre los nuevos formularios. Que nunca estuvo en el mismo grupo de trabajo con el demandado, sin embargo indica que él personalmente intentaba verificar con Recursos Humanos del empleador del afiliado.

En el caso del testigo **ANDRÉS MARTÍNEZ**, también da cuenta de la gestión que él había realizado para verificar el hallazgo y de lo cual se resalta que ciertamente su verificación únicamente consistió en contactarse con el empleador de los afiliados y no se realizó ninguna verificación adicional.

Con las pruebas allegadas al proceso, se considera que no hay una situación de juicio diferente que permita deducir que efectivamente cualquiera de esos 4 afiliados percibía un ingreso o salario igual o siquiera similar al que fue reportado en los formularios de afiliación y en todo caso, superior a aquel con el cual se hicieron las cotizaciones en su momento.

Ahora bien, vale la pena resaltar que, si bien a folios 551 a 750 del expediente se relacionan unos trabajadores, que no fueron los que se trajeron a colación en la carta de despido del demandado, lo cierto es que al observar dicha documental se tiene que de casi la totalidad de las afiliaciones que realizó el accionado en el primer semestre de 2016, se indicó un ingreso superior al contrastado con el IBC o cotizaciones efectivamente realizadas por el empleador, los cuales a todas luces difieren con el reportado en los formularios de afiliación, resaltando que en un único caso, el salario cotizado fue superior al reportado en el formulario de afiliación que

obra a folio 595, contrastada con la certificación efectuada por COLFONDOS visible a folio 572 del expediente.

En el evento de los afiliados y trabajadores de SICSA COLOMBIA SA que reportaron en el formulario de afiliación un IBC de \$1.900.000, como el de Cristian Fernando Parra Rojas *folio 606* el formulario en contraste con las cotizaciones a *folio 576*, José Ovidio Amaya Cely formulario de afiliación (fl. 609) vs lo cotizado a *folio 581*, Yefferson Edwin Beltrán Piracoca, formulario de afiliación *folio 610* vs la información de las cotizaciones *folio 569*, Manuel Fernando Bocanegra Almanza formulario de afiliación con un salario de \$1.600.000 (fl. 621) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 580*. Así mismo, Jaime Orlando Ortiz Velazco formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 622) vs las cotizaciones efectivamente realizadas a *folio 557*. Germán Darío Salgado Merchán formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 624) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 564 y 565*. Jeison Alexander Cárdenas formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 633) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 576*. Víctor Hernán Ramírez Perilla formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 642) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 562 y 563*. Víctor Tamayo Giraldo formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 643) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 566 y 567*. Leidy Alejandra Torres Castañeda, formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 665) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 578*. Yeidi Brigitte Monguí Pérez formulario de afiliación con un salario de \$1.900.000 (fl. 667) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 573*.

Por su parte, el caso de la señora Ruby Mirella Barbosa Cortes formulario de afiliación con un salario de \$2.180.000 (fl. 664) vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 560 y 561*. Ivonne Julieth Martínez Rodríguez con el formulario de afiliación con un salario de \$2.180.000 *folio 666* vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 577*. Jennifer Katherine Niño Cabanzo con el formulario de afiliación *folio 668* con un salario de \$2.180.000 vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 577*. Luis Erney Gutiérrez Guzmán con el formulario de afiliación con un salario de \$3.200.000 *folio 717* vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 584*. Finalmente, Eider Nadin Vera Díaz con el formulario de afiliación con un salario de \$3.200.000 *folio 718* vs las cotizaciones efectivamente realizadas *folio 580*.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que dentro del informativo se observa otras afiliaciones, correspondiente a otros empleadores, diferentes a SICSA COLOMBIA SA, más de 30 trabajadores, los cuales tienen registrado en el formulario de afiliación el superior al realmente cotizado, de los cuales únicamente 5 de ellos se acerca el valor registrado en el formulario de afiliación, respecto del realmente cotizado, y en tan solo un caso, la cotización supera al registrado en el formulario de afiliación.

Ahora bien, se destaca que si bien en el recurso de apelación indica que el asesor comercial de la AFP demandante actuó de buena fe, por cuanto registraba la información que el mismo trabajador suministraba, sin embargo que el trabajador en su sentir podía señalar un valor superior, por cuanto recibía algún concepto adicional convencional o extralegal, lo cierto es que de conformidad con el testimonio de los señores ARNULFO BABORBA MIRANDA y ANDRÉS MARTÍNEZ, fueron coincidentes en afirmar que si bien diligenciaban el formulario con la información brindada por el futuro afiliado, intentaban comunicarse con el empleador de dicho trabajador a efectos de corroborar la información por éste brindada, teniendo en cuenta las múltiples capacitaciones de asesoramiento que tenían, contrariando lo indicado por el mismo demandado en la diligencia de descargos, quien indicó que no tenía como verificar la información que le brindaba el afiliado.

Aunado a lo anterior, y conforme a la documental que reposa en el plenario, se logra acreditar que efectivamente los asesores comerciales conocían del procedimiento de ventas que debían adelantar, y que la información registrada en el formulario de afiliación debía ser verificada por el mismo asesor comercial, por parte del empleador del futuro afiliado.

Por otro lado, es del caso precisar, que si bien en algunos casos, la cotización de algún afiliado puede variar, en el evento en que éste devengue un salario variable, o como se indicó anteriormente, en el caso de los trabajadores de SICSA COLOMBIA SA que los trabajadores de dicha compañía devengaban auxilios extralegales, destinados a rodamiento y a comunicación, sin embargo, los mismos serían tenidos en cuenta, en el evento en que superen el 40% de los pagos constitutivos de salarios, sin embargo, conforme la documental que reposa en el expediente, no se logró acreditar que algún trabajador de SICSA COLOMBIA SA superara el 40% a efectos de haber sido tenido en cuenta para reportar dicha cotización elevando el salario. Contrario a lo anterior, se observa casi en la totalidad de los afiliados, irregularidades

en su registro del formulario de afiliación, versus lo realmente cotizado, concluyendo que no era ocasional, sino que por el contrario, la conducta del demandado era recurrente en la información registrada, la cual no correspondía con la realidad cotizada, sin que cumpliera con el procedimiento de ventas establecido en el numeral 5,1 del procedimiento de gestión de ventas B3.

Conforme las pruebas documentales como testimoniales anteriormente señaladas, debe resaltarse que según lo manifestado por el demandado en la diligencia de descargos, es posible determinar que conocía el contenido del procedimiento de ventas, así como el proceder posteriormente a recibir la información del afiliado, proceso que según el dicho de los testigos, la información no fue corroborada con el empleador del trabajador, como asesor comercial de la AFP demandante.

Así las cosas, debe precisarse que el reconocimiento del fuero sindical a los trabajadores representantes de la organización sindical, constituye una garantía de los Derechos de asociación y libertad sindical, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-381 de 2000, en la cual indicó lo siguiente: *“el fuero sindical, en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido, primariamente, a favor del sindicato y solo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores, o, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral a los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos; por ello, esta Corte ha señalado que este fuero constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical antes que la protección de los derechos laborales del trabajador sindicalizado.”*.

Por esta causa encontramos que el artículo 410 del Código sustantivo del trabajo establece que son justas causas para dar por terminado o para que el juez autorice el despido de los trabajadores aforados, las enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código sustantivo del trabajo. Es así que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, y en el caso bajo estudio se logra establecer que, efectivamente el demandado incumplió con lo establecido en los numerales 2 y 6 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del código sustantivo del trabajo, el reglamento interno del trabajo y el numeral 5 del procedimiento de gestión

de ventas; y que dichas causales se encuentran debidamente acreditadas dentro del plenario, pues se logró comprobar que la información suministrada en el formulario de afiliación por parte del trabajador no correspondía con la realidad, aunado al hecho que no se logró acreditar por parte del demandado, justificación alguna a efectos de comprobar la información que otorgaba el trabajador afiliado, siendo su obligación hacerlo.

Así las cosas, de las pruebas arrimadas al proceso, tanto documentales como testimoniales se logra concluir que contrario a lo afirmado por el recurrente respecto que al suscribir el formulario de afiliación por parte del representante legal de la empleador dan fe de la información remitida por el trabajador, dicho argumento no es de recibo, como quiera que no es el representante legal el encargado de verificar la información que indica el trabajador, sino que por el contrario, se reitera, conforme el procedimiento introducido por la AFP demandante, el asesor comercial, es el competente de verificar efectivamente que el salario indicado por el trabajador corresponde a la realidad, por lo que tampoco es aceptable indicar que la AFP debe cambiar las exigencias de las afiliaciones, pues por tal razón se capacita a los asesores a efectos de dar cabal cumplimiento al procedimiento previamente establecido por la AFP demandante.

En suma, se puede considerar que el demandado incurrió en las causales y/o prohibiciones establecidas en los numerales 2 y 6 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del código sustantivo del trabajo, el reglamento interno del trabajo y el numeral 5 del procedimiento de gestión de ventas, como se indicó anteriormente.

Lo anterior claramente conlleva a concluir que se configuran las justas causas indicadas por la AFP demandante, para dar por terminado el contrato de trabajo del accionado, razón por la cual se procederá a **LEVANTAR EL FUERO SINDICAL** del que goza el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ y, por tanto, se autoriza a la entidad demandante para el despido del trabajador aforado, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia consultada, en el sentido **CONCEDER** el permiso para despedir solicitado por la AFP COLFONDOS SA, y en consecuencia, **LEVANTAR** el fuero sindical del que goza el señor JOSE LUIS ADARME RODRÍGUEZ, por su condición de SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA del

SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
"SINTRACOLFONDOS"- Seccional Bogotá.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 13 de septiembre de 2018, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. No **CONDENAR** en costas en la alzada.

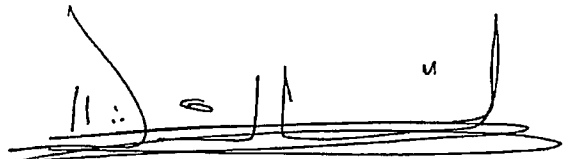
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(RAD 11001310503220170044702)



DAVID A. J. CORREA STEER

(RAD 11001310503220170044702)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(RAD 11001310503220170044702)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 33-2019-00535-01**

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JULIAN ALBERTO CLAVIJO DIAZ
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre 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.201)

La parte demandante (fl.192), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.206) Colpensiones (fls.199) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Julián Alberto Clavijo Díaz instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 74, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que se realizó en su momento a Porvenir SA, por existir falta en el deber efectivo de información.
2. Que Porvenir S.A, realice todos los trámites pertinentes, para el retorno del demandante al régimen administrado por Colpensiones, incluyendo los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar. Así como cualquier concepto por los que Porvenir S.A, hubiere recibido ingresos por concepto de la afiliación con el demandante, tales como las cuotas de administración.
3. Que Colpensiones, lleve a cabo los trámites pertinentes para el retronó al demandante, haciendo convalidación con los dineros que reciba por parte de Porvenir S.A
4. Que las entidades realicen el pago de los perjuicios morales ocasionados al poderdante.
5. Que se remita copia del expediente pensional del poderdante, historia laboral y formulario de afiliación, así como, cualquier documento que posean con respecto al demandante.
6. Que se remita copia de las pruebas que soportan el cumplimiento del deber efectivo de información
7. Que se remita simulación de la posible mesada pensional que el demandante recibiría en el RAIS como en el RPM.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.112 a 160) y Colpensiones (fl.161-181) de acuerdo al auto del 17 de octubre de 2019 fl.80. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS y con esto a la afiliación realizada a Julián Alberto Clavijo Díaz

identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 19, 434,399, el 02 de agosto de 1996 por parte de Porvenir SA. **DECLARÓ** que Julián Alberto Clavijo Díaz actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones. **ORDENÓ** a Porvenir SA, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Julián Alberto Clavijo Díaz a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de Julián Alberto Clavijo Díaz al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral el demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **CONDENÓ en costas** a las demandadas, Porvenir S.A, se fijó como agencias en derecho la suma de TRES (3) SMLMV a cargo de una de las demandadas y en favor del demandante.

RECURSO DE APELACION

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

Solicita se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, revocando en su integridad el fallo de primera instancia proferido por el Juzgador, esto, por cuanto considera que el Juzgador de Primera instancia hace un análisis errado, por cuanto manifiesta que el perjuicio que sufrió el demandante es porque no recibieran la información correspondiente, situación que según el apoderado, debe resaltar, no se encuentra probada en el transcurso del proceso.

Así mismo, resalta que cuando se le preguntó al demandante que cual era la motivación por la cual quería regresar al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, manifestó que era la diferencia del valor de la mesada pensional sin conocer cuál es ese valor porque no tienen una proyección emitida por la AFP Porvenir.

Considera que yerra el Juzgador de Primera instancia al inferir que el menoscabo del derecho pensional se encuentra es en la ausencia del deber de información, el cual de reiterarse como se probó en el marco de todo el proceso, así como tampoco ningún perjuicio por parte de los demandantes, en este sentido considera no están en consonancia con la sentencia SL 4806 de 2020 MP. Gerardo Botero Zuluaga, que establece que para que exista ineficacia del traslado de régimen pensional, debe coexistir no solamente una ausencia del deber de información, sino también

una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, de tal manera que considera que no puede entonces trasladársele la negligencia de las partes demandantes, si así puede llamársele, a la omisión al deber de cuidado que tienen que tener y al deber de informarse en todo momento.

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

Con la finalidad que se revoque de manera parcialmente el fallo proferido por la primera instancia. Lo primero que menciona es la legitimación en la causa para interponer dicho recurso, toda vez que no hay una condena directa en contra de la representada Colpensiones, sin embargo, para el apoderado, el fallo si puede llegar a afectar económicamente a Colpensiones, dado que no sabe si el ahorro o el aporte realizado por el demandante en el RAIS alcance a cumplir la prestación que se vaya a reconocer a futuro, sería el caso de que si el demandante supera con creces la expectativa de vida, sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial a Colpensiones, dado que no alcanza a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación.

También sustenta estar en desacuerdo con la reinversión de la carga de la prueba por las supuestas afirmaciones negativas, quedando en cabeza del fondo privado demostrar que se brindó la debida información, considera que hay una desproporcionalidad probatoria en el sentido de que no sería viable que con la sola manifestación por parte del demandante sobre un hecho, en este caso, que no se les brindo la debida asesoría, este se dé por cierto y no se tenga la carga de demostrar la asistencia y se corra lo que se llama la carga desproporcionada a las demandadas.

Considera que si se verifica lo que es el acervo probatorio, que reposa en el expediente, y el interrogatorio surtido en el proceso, se demuestra que se firmó el formulario de afiliación de una manera consciente, libre y voluntaria, lo que conllevaría a un traspaso totalmente valido y más si se continuó por parte del demandante con el pago mes a mes de dichos aportes durante un largo lapso de tiempo, lo que puede llevar a unos actos de relacionamiento, en el entendido en que estos actos son aquellos desplegados por el demandante que se apegan a la realidad de tener la voluntad de estar afiliado al RAIS, y por el no manifestar la inconformidad, la omisión de acercarse a las oficinas del fondo privado o a las oficinas de Colpensiones para devolverse al RPM, de tal manera que considera el apoderado que son acciones y también son omisiones de las cuales se puede

concluir que para dicha fecha del traslado era la voluntad del demandante de estar en el RAIS.

Que la inconformidad la sustenta no por una omisión en la información que se les dio por parte de los asesores en ese momento, sino porque cuando el demandante nota la desproporción entre lo que reconoce el Fondo Privado y lo reconocido por Colpensiones, es que inicia la acción, siendo que para la fecha en la que se trasladó era una apuesta que hacia el afiliado, en tanto dependía de un comportamiento económico y financiero, pudiendo haber sido mayor lo reconocido por el fondo privado, sin embargo, considera que como el comportamiento financiero no le fue favorable en ese entonces, ahora pretenden atacar bajo una falta de información. Por lo anteriormente expuesto considera se debe revocar el fallo.

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) **Julián Alberto Clavijo Díaz** el día 02 de agosto de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA 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 Porvenir SA el día 02 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 01 de octubre de 1996. (fl.136)

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

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

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

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

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

octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante en medio magnético. AFP Porvenir aportó: Formulario afiliación a la AFP Porvenir en 1996, Formulario de afiliación de la AFP Colpatría 2000, histórico de movimientos SIAFP, resumen historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos Porvenir S.A.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 02 de agosto de 1996 ni el día 01 de octubre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 02 de agosto de 1996, el(la) demandante tenía 659 semanas (fl 190) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 31 de marzo de 1961 – fl.52) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría eventualmente pensionarse en el año 2023 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.775 semanas – (fl.140), de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su

expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Porvenir relacionada con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. 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 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 señor **Julián Alberto Clavijo Díaz** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 02 de agosto de 1996.

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 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 decisión de primera instancia, sentencia proferida el día 15 de septiembre de 2021 por el juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

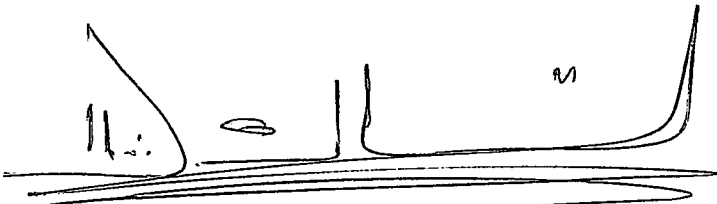
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503320190053501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503320190053501)
Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503320190053501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2020-00363-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **MARTIN ENRIQUE CALLE BAENA**
DEMANDADO: **AFP PORVENIR SA
AFP SKANDIA SA
COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION 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 (Skandia S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante (fl.28-35), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.) Skandia S.A. (fls.8-10) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 07 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Martín Enrique Calle Baena instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A., debidamente sustentada como aparece a folios 2 medio magnético en “01-demanda.pdf” y “18-SubsanacionDemanda.pdf”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación y traslado del señor Martín Enrique Calle Baena al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colpatria Sociedad Administradora DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, motivo por el cual también son nulos y/o ineficaces los traslados subsecuentes entre administradoras del régimen, a Old Mutual Skandia Pensiones Y Cesantías S.A. y la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A.
2. Se declare que para todos los efectos jurídicos, el señor Martín Enrique Calle Baena siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que hubiese existido solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no puede producir efectos al no haberse realizado de manera libre y espontánea.
3. Se ordene a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, el regreso automático del señor Martín Enrique Calle Baena al Régimen Solidario de Prima Media con prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.
4. Solicito que se ordene a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., a que realice el traslado de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del señor Martín Enrique Calle Baena, a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones E.I.C.E., valores tales como todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, durante todo el tiempo en que dichos dineros estuvieron en poder de las administradoras de fondos de pensiones,
5. Se ordene a la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones E.I.C.E. a reactivar la afiliación del señor Martín Enrique Calle Baena teniendo en consideración que para todos los efectos legales siempre ha

estado vinculado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y en consecuencia que reciba todos los valores devueltos por la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. , actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante.

6. Se condene a Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., Old Mutual Skandia Pensiones Y Cesantías S.A., y a la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones E.I.C.E. a cancelar las costas del proceso y las agencias en derecho que se deriven del presente pleito.

Subsidiarias:

1. Se declare la inexistencia del acto por medio del cual mi mandante se trasladó al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, razón por la cual resultan inexistentes las afiliaciones subsecuentes a Old Mutual Skandia Pensiones Y Cesantías S.A., Y A Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A.
2. Se declare que para todos los efectos jurídicos el señor Martín Enrique Calle Baena siempre ha permanecido en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
3. Se ordene a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. Y A Old Mutual Skandia Pensiones Y Cesantías S.A., a realizar las devoluciones de todos los valores de la cuenta de ahorro individual del señor Martín Enrique Calle Baena, tales como todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administración.
4. Se ordene a la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones E.I.C.E. a reactivar la afiliación del señor Martín Enrique Calle Baena teniendo en consideración que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y en consecuencia que reciba todos los valores devueltos por la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. , actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante.
5. Se condene a Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., Old Mutual Skandia Pensiones Y Cesantías S.A.,

y a la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones E.I.C.E. a cancelar las costas del proceso y las agencias en derecho que se deriven del presente pleito

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (medio magnético "40.Cont Porvenir Proceso 2020-363.pdf") AFP Skandia (medio magnético "47.contestacion demanda.pdf") y Colpensiones (medio magnético "51...contestacionpdf") de acuerdo al auto del 14 de abril de 2021. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por Martin Enrique Calle Baena, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se ordene 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 Skandia S.A. y Porvenir 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 en cada uno de los fondos privados, **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a volver a afiliar a Martin Enrique Calle Baena al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Porvenir S.A., señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, sin costas a cargo de Colpensiones y Skandia S.A. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Señala que en efecto con el demandante no se tienen los presupuestos procesales óptimos para haber concedido la ineficacia del traslado, pide notarse que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas del estatuto están contenidas en la *ley 100 de 1993* y sus decretos reglamentarios, por tanto expresa que, cualquier ineficacia del acto de afiliación a

un régimen pensional a falta de la eficiencia en el deber de información debe sujetarse íntegramente a lo dispuesto en el *artículo 271 de la ley 100 de 1993*.

Apela que la sentencia de primera instancia no tiene en cuenta los antes mencionados presupuestos procesales e indica esto en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo el principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas, las allí señaladas y competentes.

Señala que cualquier daño que se ocasiona al afiliado por incumplimiento a los deberes de la AFP o de sus funcionarios, deben ser resarcidos, en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 del 1994, esto, teniendo en cuenta que Colpensiones fue ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP a la luz de la vigencia del primer traslado que realizó en agosto de 1994 y no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

Pide tener en cuenta los traslados horizontales que realiza el demandante, y denota que la sentencia SL 1061 del 2021 manifestó que los actos de relacionamiento no simplemente son la vinculación, la expresión de la voluntad u otras tales como la solicitud de información, la actualización de saldos y cambios de clave, lo importante es que exista un compromiso serio de pertenecer a ella, lo importante es que exista una correspondencia entre la voluntad y la acción.

Manifiesta que el demandante realiza 4 traslados horizontales, fechas para las cuales no contaba con la restricción legal a efecto de retornar al RPM, y que por lo tanto continuó en el RAIS, realizó aportes voluntarios, conocía las características propias del RAIS, y por lo anterior señala que estas son razones suficientes para no acceder al retorno del demandante al RPM porque claramente contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y si pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados que si han sido constantes con el Régimen, que han sido solidarios y han asumido toda la carga prestacional de quedarse en el RPM.

Finalmente pide, de no ser despachada la solicitud favorablemente, se autorice a Colpensiones para que se obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se la causen por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin, originados de la omisión de un tercero.

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

Solicita de forma integral revocar la sentencia emitida por el Despacho por considerar que en este caso no se configuran los supuestos para la ineficacia de traslado de Régimen Pensional, en primer lugar dice, porque de lo solicitado por la parte actora en la demanda, se tiene que las obligaciones no estaban vigentes para el año 1994 cuando se hace efectivo el traslado de Régimen pensional y en ese sentido, el *artículo 13 de la ley 100 de 1993*

reguló una selección libre y voluntaria de Régimen Pensional sin establecer un derecho o deber a cargo de las administradoras para efectos de entregar información y menos de que se trataba.

Menciona que dicha norma entendida literalmente, no da lugar a interpretar o considerar de manera alguna que debía cumplirse dicho deber y por lo tanto, su desarrollo como tal inicia con el *Decreto 2555 de 2010* y demás normas, así las cosas, no es dable exigir a mi representada obligaciones que no se encontraban vigentes para el momento del traslado.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, manifiesta que no la comparte en este caso, porque de acuerdo con las manifestaciones efectuadas en el escrito de la demanda, no se está frente a negaciones que revistan la calidad o característica de indefinidas, razón por la cual dice que no era dable invertir la prueba en el presente caso.

Señala que pese a que no había un deber de información debidamente desarrollado, el interrogatorio de parte permite establecer que el demandante si tenía el conocimiento de las características del RAIS y del RPM, razón por la cual solicita al honorable Tribunal, hacer un análisis detallado del interrogatorio de parte en procura de determinar y establecer que en efecto hay confesiones que lleven a la absolución en este caso.

Indica que la prueba documental obrante en el plenario permite establecer que el demandante conocía características del RAIS, que fue su voluntad permanecer afiliado al mismo y con ello se configuran actos de relacionamiento de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018, tales como, los distintos traslados horizontales entre administradoras, las distintas afiliaciones tanto en Colpatria como en SKANDIA a pensiones voluntarias y que además el demandante conocía cual era la finalidad de los mismos.

Señala que es claro que lo que motiva al traslado es una causa netamente económica y por lo tanto, no es una omisión frente al deber de información, razón por la cual dice que no debería dar lugar en este caso a acceder a las suplicas de la demanda y debería revocarse.

Gastos de administración

Pide en caso de que se confirme la sentencia, se absuelva a Porvenir de la condena impuesta en gastos de administración, por las siguientes razones:

Manifiesta que el despacho declara una ineficacia, lo cual haría que se perdieran los efectos como tal de la afiliación, en ese sentido dice, el demandante debería retornar al Régimen de Prima Media con sus aportes o eventualmente los rendimientos que se hubiesen generado si hubiese permanecido en dicho Régimen, sin embargo expresa que en el presente caso se desconoce la gestión de administración realizada por Porvenir y dice que de manera contradictoria, se declara la ineficacia, se ordena el traslado de los rendimientos financieros y además se condena a Porvenir a la devolución de gastos de administración de forma indexada.

Denota que, si el demandante hubiese permanecido en el RPM, también una parte de sus aportes se hubiese destinado a gastos de administración y menciona que resulta

contradictoria en este caso la condena impuesta, y que en ese sentido, no estaría cobrando plenos efectos la ineficacia.

Finalmente indica que frente a los gastos de administración debe aplicarse el fenómeno prescriptivo, y refiere que la Corte ha señalado que no aplica para efectos de declarar la ineficacia pero no corren la misma suerte los gastos de administración en este caso.

La **parte demandada (Skandia S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Gastos de administración

Interpone el recurso de apelación parcial contra la sentencia, específicamente sobre el numeral 2 de la sentencia, donde se ordena por parte de mi representada a generar unos pagos referentes a los gastos de administración.

Considera que, si bien es cierto que en primera instancia se declaró una ineficacia como lo señala la jurisprudencia, los efectos que debe generar esta ineficacia deben ser los que ha regulado la ley, dado que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Refiere que el *artículo 7 del Decreto 3995* del año 2008 regula de manera muy específica y concreta cuales son esos emolumentos o esos conceptos sobre los cuales recae eventualmente un traslado de recursos entre regímenes del Sistema general de pensiones, dicha norma nada indica de manera taxativa que recae sobre los gastos de administración, sino que recaen única y exclusivamente sobre los aportes realizados en la cuenta individual de cada afiliado junto con el fondo de garantía de pensión mínima.

Señala que como existe una norma que de manera concreta señala esos recursos que deben trasladarse, Skandia dentro del escrito de la contestación a la demanda aportó al Despacho una certificación expedida el 05 de mayo del 2021 donde se indicó o se acreditó que Skandia generó un traslado de recursos bajo la norma ya citada, de todos los aportes que por ley y con fundamento en el Decreto ya mencionado, debía trasladar hacía Porvenir.

Considera no solamente que existe una norma que no indica nada al respecto sino que además debe considerarse que dichos aportes se realizaron precisamente en cumplimiento de la *ley 100 de 1993* y cuya destinación es totalmente diferente, ese 3% de gastos de administración están destinados una parte a cubrir las pólizas de unas posibles contingencias como es una invalidez o una muerte.

Señala que dichos rubros o dichos dineros no se encuentran a disposición de Skandia como bien lo tienen en su lugar las diferentes aseguradoras y en el caso particular, la aseguradora con quien celebró el contrato previsional Skandia. Reitera que la aseguradora es quien cuenta con esos recursos referentes a las pólizas respectivas para cubrir esas vigencias.

Apela que deba cubrir con su propio patrimonio dichos pagos o dichos emolumentos, dado que como ya se indicó previamente dichos dineros y dichos recursos no se encuentran a

disposición de Skandia, generando en consecuencia una afectación económica, fiscal y financiera no solamente a Skandia, sino a todo el RAIS

Nuevamente solicita a los honorables Magistrados tener en consideración estos argumentos que dice, llevan a concluir que efectivamente no existe una norma que indique de manera clara y precisa que deba generarse un traslado de estos gastos de administración.

Finalmente indica que si hipotéticamente, el Tribunal confirma la sentencia en los términos que ha sido proferida en primera instancia, solicita respetuosamente que se declare la prescripción de estos gastos de administración, dado que, debe considerarse respecto de estos gastos de administración que este 3% al tener una destinación totalmente diferente a cubrir la pensión de vejez de la demandante, opera perfectamente la figura de la prescripción señalada en las normas. Por lo mismo pide se declare la prescripción frente a este % de gastos de administración, considerando para tal efecto el término que señala el *código de comercio Artículo 1081*.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir SA efectuado por el(la) señor(a) **Martin Enrique Calle Baena** el día 9 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA y AFP Skandia SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente 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 Colpatria hoy AFP Porvenir SA el 9 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1994, posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir SA el 7 de enero de 2000 con efectividad a partir del 1° de marzo de 2000, prosiguió a trasladarse a la AFP Skandia SA el 25 de noviembre de 2004 con efectividad a partir del 1 de enero de 2005, para finalmente retornar a AFP Porvenir SA el 1 de julio de 2005 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2005. ("40.cont Porvenir Proceso.pdf" pagina 35 SIAFP)

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

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

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

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

condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación la 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. AFP Porvenir aportó: certificado SIAFP, historia laboral consolidada, relación aportes, relación histórica de movimientos, historia laboral OBP, formulario de vinculación (1994), formulario de vinculación pensiones voluntarias (1999), formulario de vinculación porvenir (2000), certificado de afiliación, comunicado de prensa, concepto de la SIF sobre gastos de administración. AFP Skandia aportó: formulario de afiliación, certificado de traslado de aportes, estado de cuenta, historia laboral SIAFP, copia derecho de petición y respuesta.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de agosto 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 9 de agosto de 1994, el(la) demandante tenía 82,2 semanas ("40.cont Porvenir Proceso.pdf" pagina 37) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 11 de enero de 1963 – "40.cont Porvenir Proceso.pdf" pagina 37) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2025 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.365 semanas – ("40.cont Porvenir Proceso.pdf" pagina 37), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Porvenir, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento con relación a que la demanda se encuentra motivada por una causa netamente económica por el descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Porvenir S.A. relacionada con la inversión de la carga de la prueba la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A. 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 adocrinó: *"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 S.A. y AFP Skandia 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 señor **Martin Enrique Calle Baena** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 9 de agosto de 1994.

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., AFP Skandia 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 9 de agosto de 2021 por el juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

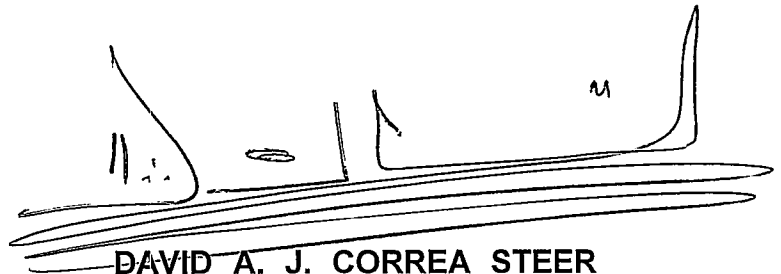
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520200036301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520200036301)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520200036301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 37-2020-00044-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: PEDRO ANTONIO MEZA CAMACHO
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACION 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 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de agosto 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.144 ss) y Porvenir (fls.138 ss) presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 03 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Pedro Antonio Meza Camacho instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del señor demandante a AFP Porvenir S.A., efectuado mediante formulario de fecha 25 de mayo de 2001.
2. Se ordene a Porvenir S.A., a trasladar al demandante, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a la Colpensiones a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en el RPM al señor demandante.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Se condene lo que ultra y extra petita el señor juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.72-85) y Colpensiones (fl.97-103) de acuerdo al auto del 18 de febrero 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 30 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del acto jurídico de traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS administrado por Porvenir, que tuvo como fecha de suscripción el 25 de mayo de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida del demandante corresponde al RPM. **CONDENÓ** a la demandada Porvenir a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas. **CONDENÓ** a la demanda Porvenir en costas a favor del demandante, incluidas las agencias en derecho por la suma equivalente a 1 SMMLV. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Interpone recurso de apelación con fundamento en las siguientes apreciaciones:

1. Manifiesta que se demostró el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, que suscribió el formulario de afiliación libre y voluntariamente enmarcándose este acto dentro del principio de la buena fe de ambos extremos contractuales a saber, el señor Mesa Camacho y la codemandada AFP Porvenir S.A.

2. Señala que se observa también de dicho interrogatorio la falta de interés y/o negligencia por parte del actor cuando manifiesta que nunca se preocupó por las implicaciones legales que podían derivarse de la suscripción del contrato, siendo este un consumidor financiero al expresar o afirmar que no leyó el contrato de afiliación y que solo se limitó a plasmar su rúbrica en el mismo, así como que no procuró por acercarse a ninguna de las entidades hoy demandadas a verificar la información suministrada o ampliar su espectro de conocimiento en lo expuesto por la asesora de la AFP Porvenir S.A.

3. Expresa que le llama la atención que en el lapso de 20 minutos de la asesoría individualizada que recibió el actor, la única información dada fue que el ISS iba a liquidarse y perdería sus aportes, pues fue un tiempo suficiente en el que debió suministrársele alguna información adicional y no tan parcializada como lo menciona en sus respuestas, así también dice que tuvo la oportunidad en dicha comunicación de expresar dudas o inquietudes para ser resueltas por el ejecutivo comercial del fondo privado y no lo hizo, rectificando su decisión de realizar el traslado de Régimen pensional, así como su permanencia a través de todos estos años.

Menciona que si bien manifestó que la motivación fue la preocupación porque el ISS iba a liquidarse, situación que en efecto ocurrió, también es cierto que este paso a ser la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el demandante no retornó a dicha entidad, justificándose en su decir y/o falta de interés.

Pide tenerse en cuenta que al suscribir el formulario de afiliación media el consentimiento de la parte contratante, situación que puede declararse nula eventualmente al evidenciarse un vicio en el consentimiento, vicio que puede ser saneado con el paso del tiempo tal como lo preceptúa el artículo 1754 del código civil en su figura jurídica de la ratificación tácita que manifiesta, es la ejecución voluntaria de la obligación contratada, por lo que indica que, de haber existido algún vicio del consentimiento, el mismo quedó saneado con la ratificación tácita del demandante al permanecer en el RAIS efectuando aportes a los riesgos de vejez, invalidez y muerte por más de 15 años.

Finalmente, dice que debe tenerse en cuenta el equilibrio financiero del sistema contemplado en el artículo 48 de la constitución política de 1991, adicionado por el artículo

01 del Acto Legislativo 001 de 2005 que impacta en la reserva pensional y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que dice, es evidente que han pasado más de 15 años en los cuales el demandante no contribuyó con el fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, generándose un detrimento patrimonial a Colpensiones.

Por lo anterior, solicita revocar el fallo proferido en lo pertinente. De manera subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia, solicita que se confirme la absolución de costas y la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y los gastos de administración.

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

Interpone recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los honorables Magistrados Sala Laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por las siguientes razones:

Manifiesta que el fallador del primera instancia declaró una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, es una norma que habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo que no fue probado ni atentado dentro del proceso, debido a que la asesora de Porvenir lo que hizo fue brindarle una alternativa diferente al aquí demandante porque efectivamente existía una crisis económica y financiera en el ISS y él haciendo uso de esa libertad y escogencia, lo que hace es escoger a Porvenir para que sea la única que administre esos aportes pensionales.

Señala que la Corte ha manifestado que el formulario de afiliación no es un elemento que tenga criterios para determinar la información que se entregó, pero dice que es importante aclarar que la información que se entregaba para el momento de la afiliación del demandante era de manera verbal, por tanto no existe un documento adicional que se pueda aportar a los expedientes de nulidades e ineficacias y demostrar que la información fue totalmente válida, por tanto dice, es necesario hacer uso de otros mecanismos de prueba como el hecho de que el demandante haya estado válidamente afiliado al RAIS sin que hubiere presentado ningún tipo de inconformidad, que dentro del interrogatorio de parte manifiesta que su móvil para presentar este proceso es que no está conforme con la mesada pensional y nunca generó algún tipo de solicitud por ineficacia o por falta de información, es decir, no presentó algún tipo de reclamación o queja antes de este proceso para informar que no había sido válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

Indica que el afiliado permitió los descuentos que hizo el fondo privado mes a mes y son prueba que efectivamente el demandante quiso y ha querido siempre estar en el Régimen de Ahorro Individual y que después de haber perdurado prácticamente 20 años en él, es claro que lo conoce. Menciona que él recibía sus extractos donde podía leerlos y evidenciar

no solo las semanas sino el capital ahorrado, los rendimientos y otra información que se le envía trimestralmente y que confesó haberla recibido.

También indica que el fallador de primera instancia, si bien manifiesta que ese formulario de información no tiene los medios para indicar que existe una validez en el acto de afiliación, no indica entonces cual es el documento que se les exige a las administradoras para demostrar la validez de la afiliación generada en el año 2001.

Pone en evidencia que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 y esta 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 la protección del Sistema General de pensiones con la no descapitalización del Régimen de Prima Media y sobre todo con un principio de estabilidad financiera en el RAIS.

Dice que por tanto, no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Gastos de administración

Apela que se da una condena no solo a devolver la cuenta de ahorro individual del demandante sino también a generar una devolución y entrega de dineros a Colpensiones como son los gastos de administración y en ese aspecto indica que son descuentos permitidos por la ley debido a que el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993 dispone que también en el Régimen de Prima Media se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, indica que no es un emolumento que le corresponda al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales, por tanto dice que aunque se declara no probada la excepción de prescripción, si se verifica la naturaleza real de estos dineros, sí les cabe el termino trienal de prescripción ya que son costos cobrados de tracto sucesivo y son como contraprestación a la buena labor que generó Porvenir durante casi 20 años administrando en debida forma los aportes del demandante.

Expresa que no es óbice generar una entrega de dineros, ya que esto sería generar un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada Colpensiones, que en ningún momento hizo la buena administración que si hizo Porvenir.

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) **Pedro Antonio Meza Camacho** el día 25 de mayo de 2001; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA 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 Porvenir SA el 25 de mayo de 2001 con efectividad a partir del 1 de julio de 2001. (fl.90)

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

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

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

puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir aportó: Formulario afiliación, SIAFP, certificado de egreso, relación histórica de

movimientos, copia historia OBP, comunicado de prensa El Tiempo, concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de mayo de 2021, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 25 de mayo de 2001, el(la) demandante tenía 297 semanas (fl 20) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 01 de mayo de 1962 – fl.14) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2024 en el RPM, (A octubre del año 2019 había cotizado más de 1.003 semanas – fl.20), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados

de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Porvenir, en relación al que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. 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 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 señor **Pedro Antonio Meza Camacho** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 25 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 a las apelantes 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 30 de agosto de 2021 por el juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

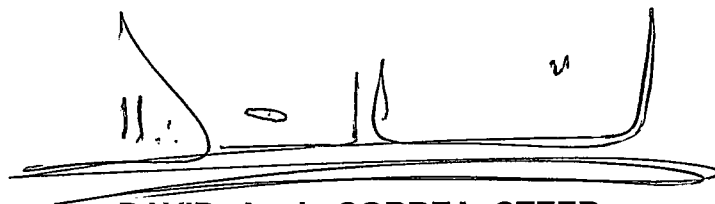
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503720200004401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503720200004401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503720200004401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00466-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **JENNY MARTINEZ GOMEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**
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 y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de agosto 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 Simón Enrique Angarita Villamizar con tarjeta profesional No.271.911 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.24)

La parte demandante (fls.6-7), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.10-18) y Colpensiones (fls.21-23) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Jenny Martinez Gomez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones

1. Se declare la ineficacia de la afiliación y traslado en pensiones de la demandante con la AFP Porvenir S.A. por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente, al incumplir con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS.
2. Se declare que AFP Porvenir S.A. como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, debe trasladar la totalidad de aportes efectuados por la demandante con sus respectivos rendimientos a Colpensiones.
3. Se declare que Porvenir S.A. debe enviar a Colpensiones, el detalle del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen de la demandante.
4. Se declare que Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, debe activar la afiliación de la demandante en el RPM, desde su fecha inicial de afiliación, que corresponde al 18 de junio de 1993.
5. Se declare que Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS debe aceptar y recibir el traslado de los aportes de la demandante.

Condenas

1. Como consecuencia de la ineficacia se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación al RPM queda nuevamente vigente.
2. Se condene a Colpensiones, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, a activar la afiliación de la demandante en el

RPM, desde su fecha inicial de afiliación, que corresponde al 18 de junio de 1993.

3. Se condene a Colpensiones, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, a aceptar y recibir los traslados de todos los aportes de la demandante.
4. 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.
5. Se condene a Colpensiones y a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fl.2"06ContestacionPorvenir20200623") y Colpensiones (fl.68 expediente digital) de acuerdo al auto del 17 de septiembre de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 5 de agosto de 2021, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la señora Jenny Martínez Gómez del régimen de Prima media al régimen de ahorro individual a través de Porvenir con efectivo a partir del Primero de Mayo del 2000, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se da a entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media. **CONDENÓ** a Porvenir a que transfiera toda sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, estas últimas indexadas sin que le sea dable realizar descuento alguno por dineros que haya pagado por concepto de seguro de pensión de invalidez, de sobreviviente e incluso de garantía de pensión mínima, con destino al régimen de prima media administrado Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas. **INFORMÓ** a Colpensiones que tiene las acciones pertinentes legales para obtener el perjuicio de los eventuales perjuicios en contra de Porvenir, los que le causen en esta ineficacia. **CONDENÓ** en costas a Porvenir, entre los cuales se

debe incluir como agencias en Derecho la suma de \$1'890.000. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita se revoque de manera total la decisión, teniendo consideración lo siguiente:

Primero señala que la parte actora decide firmar su formulario de suscripción de afiliación al sistema de régimen de ahorro individual, de manera voluntaria, dicho formulario indica y motiva, la información que se le entregó a la parte actora y dice que no puede tener el A-quo o indicarse que no era la prueba verídica o fehaciente frente a una libre decisión de vincularse con Porvenir, puesto que éste era el documento expreso y que se exigía para la época, para aquel momento para declarar que se vinculaba con Porvenir.

Esta es una prueba que indica la suscripción y, aún en ello, diciendo que la parte actora, a su bien sí tuvo dos ocasiones donde, en una se asesora de manera grupal, como bien quedó probada en el acervo probatorio y seguidamente podía o no suscribir o suscribir el formulario de afiliación, sea cinco, ocho o 20 días después a su primer encuentro con el asesor, circunstancia que indica, la parte actora decide suscribirlo de manera voluntaria, sin presión alguna, y este era el formulario que para aquel momento se exigía por la legislación.

Exhibe que con esta suscripción también quedó corroborado que la parte actora decidió vincularse aceptando ser regido por los procedimientos, conociendo cuáles iban a ser las implicaciones o el efecto que se generaría, puesto que si la demandante indica "me voy a vincular con el régimen de ahorro individual", eso quiere decir que ya no iba a estar vinculado al régimen de Prima media.

Manifiesta que Porvenir le entregó información veraz, comprensible, con la cual podía sentirse satisfecha para vincularse a un régimen diferente al de prima media. Pone en evidencia que la parte actora ha estado vinculada con Porvenir más de 20 años en el régimen de ahorro individual y hoy, o un año antes, dos años antes, indica que no tenía conocimiento y que no se le entregó una debida información. Dice que llama la atención que no haya generado alguna inquietud respecto de la información o de alguna duda que haya tenido, para el año 2005, 2008, tiempo para el cual no se encontraba bajo una prohibición legal.

Precisa que si bien Porvenir le indica, por parte del asesor, que iba a obtener una rentabilidad, que a su vez podría adquirir en su caso dado una mesada pensional, toda esta

información también pudo ser corroborada con los extractos, los boletines que envió Porvenir a la parte actora y que, a su bien, indica la parte actoral, los recibió.

Indica que Porvenir ha obrado de manera conforme a los criterios de buena fe y a su vez, pues no puede olvidarse que Porvenir ha generado una debida administración de los de los valores de la parte actora, los cuales ha aportado. En este sentido señala que, Porvenir valido y cubrió de cierta manera, la libre decisión, el libre albedrio con el cual cuenta la parte actora para vincularse con Porvenir. Expresa que no promovió alguna acción de coerción que limitara la libre decisión de la parte actora, y que la misma se encontraba con unos deberes; menciona que si Porvenir tiene unos deberes, y aunque las altas cortes hayan determinado una inversión de la carga de la prueba, la parte actora tiene también, un deber, conforme lo indica pues el A-quo de acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso.

Manifiesta que sin embargo, no se identifica con el acervo probatorio, que Porvenir haya engañado a la parte actora, y señala que si se hubiese engañado a la parte actora, la misma hubiese generado alguna acción frente a una denuncia o su retracto frente a la suscripción del formulario de afiliación hecho.

Pone en consideración que hoy nos enmarca una ineficacia de traslado y hoy se está declarando una ineficacia a pesar de ser existente una prohibición legal de la ley 797 del 2003. Menciona que la parte actora tenía más o menos alrededor de 15 años para generar su traslado al régimen de prima media, acción que no fue ejecutada ni ejercida por la parte actora.

Dice que Porvenir veló porque se informará debidamente a la demandante, hecho que se constata no solamente con un formulario de afiliación, sino con sus aportes y los extractos emanados de esos aportes, esos rendimientos, la rentabilidad que genera la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Gastos de administración

Solicita se absuelva frente a la condena, respecto de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos gastos de administración, las pólizas, los reaseguros son valores que se encuentran condicionados a la administración que se ejerce sobre la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Referencia lo indicado por la Superintendencia financiera de Colombia en concepto de número 2019-152-2169003000 del año 2000, el concepto indica cuáles son los valores a retornar en caso de declararse una nulidad o una ineficacia de traslado, esto es, los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Esto porque esos valores solamente deben ser retornados, teniendo en cuenta que a consideración que los gastos de administración, cuotas de reaseguro, pólizas no financian la mesada pensional a la cuenta de ahorros de la parte actora, y aún en ello diciendo que, estos gastos de administración obran como el deber y los mismos se consideran como la debida administración que entregó Porvenir

frente a la cuenta de ahorro individual, y dice en este sentido, que la devolución de los gastos de administración, pólizas de reaseguros a lo que se condena a Porvenir cubrir con sus propios dineros, se estaría causando una condena imprecisa, teniendo a consideración que dichos valores no hacen parte de la demandante, no hacen parte de su cuenta de ahorro y por el no financia en la mesada pensional o alguna prestación que emane de la Seguridad Social.

Indica que se estaría también configurando un enriquecimiento ilícito a favor después de la parte actora, teniendo en cuenta que dichos valores, no hacen parte de la mesada pensional, no financian la cuenta de la parte actora y se estaría olvidando la excelentísima administración que genera Porvenir frente a la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Finalmente indica que si bien no es el momento procesal para apelar la condena en costas, debe precisarse que Porvenir se encuentra en desacuerdo frente a la condena, teniendo consideración que no se ha tratado de manera objetiva la condena y, por ende dice, se debe tratar bajo el principio de objetividad y de las partes vencidas dentro del proceso, es decir, que hoy también se está condenando a realizar alguna actuación a Colpensiones y, por ende, Solicita también se adicionen frente a la providencia, a la condena en costas a Colpensiones, por ser parte vencida dentro del proceso.

Concluye solicitando una revocatoria total, teniendo en cuenta que no se demuestra con evidencia o prueba fehaciente la existencia de circunstancias de ineficacia del traslado o una revocatoria frente a la devolución de gastos, pólizas de reaseguros y finalmente una adición frente a la condena en costas a las partes vencidas.

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

Presenta recurso de apelación contra la decisión emitida, solicitándole a los magistrados se revoque la decisión emitida por el A-quo y, en su lugar, se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción alguna, es un lugar la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual fue tomado de manera libre y espontánea y voluntaria, sin que se hubiese evidenciado, a lo largo del proceso, que existiera alguna presión o coacción alguna, en su lugar la decisión de afiliarse, por parte de la demandada, fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, con conocimiento de las condiciones y características del régimen de ahorro individual con solidaridad y evidenciando que, pues tuvo tiempo suficiente para solicitar la información respecto a su derecho pensional, no solo previo a su afiliación a la AFP, en la cual se afilió, la AFP Porvenir, sino que también, pues tuvo la posibilidad, a lo largo de dicha afiliación, de solicitar información o de acercarse a la administradora o Colpensiones para ampliar información o para incluso retractarse o desistir de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y retornar al régimen de prima media, toda vez que, para cuando

la demandante no encontró satisfechas sus expectativas pensionales, solicitó el retorno a Colpensiones solo hasta el año 2019, cuando contaba con 55 años y se encontraba dentro la prohibición descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003.

Manifiesta que la demandante debió haber realizado, con base en lo escrito en el decreto 224021 del año 2010, ampliación de la información, informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, toda vez que, pues no se hizo incurrir en error por parte de la administradora, sino que sencillamente, si la demandante no consideraba que se encontraba adecuado, que era suficiente la información, ella debió de haber solicitado esta información y la administradora debió haberla ampliado conforme a la solicitud de la demandante.

Señala que como esto no se dio en su debida oportunidad, la mera expectativa con la que contaba la demandante, al momento de su afiliación, ya el día de hoy puede no ser una mera expectativa, pero en su momento la información brindada, al realizar su afiliación en el año 2000 a la AFP Porvenir, pues se encuentra satisfecha dicha información.

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 **Jenny Martínez Gómez** el día 23 de marzo de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 23 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000 (fl.2 "03Pruebas.pdf" pagina 2 SIAFP).

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

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

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, 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 SIAFP, formulario de vinculación, copia comunicado de prensa El Tiempo, copia respuesta emitida a solicitud de documentos, Relacion histórica de movimientos, copia certificado de afiliación, concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020.

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

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

Claramente para el momento del traslado 23 de marzo de 2000, la demandante tenía 362 semanas (fl.19 expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 23 de junio de 1964 – fl.18 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2021 (Actualmente ha cotizado más de 1337 semanas fl.19 expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

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

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

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, conforme a que la parte actora suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, libre y espontánea, indicando que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, como lo plantean las demandas.

Conforme el punto de apelación de la demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

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 **Jenny Martinez Gomez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 23 de marzo 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:

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 las costas. Numeral 8 del art 365 C.G.P. "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a la demandada Porvenir S.A porque considera que se causaron. Frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a Colpensiones porque consideró 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 Porvenir S.A.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas 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 5 de agosto de 2021 por el juzgado 39 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. Fíjense como

agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

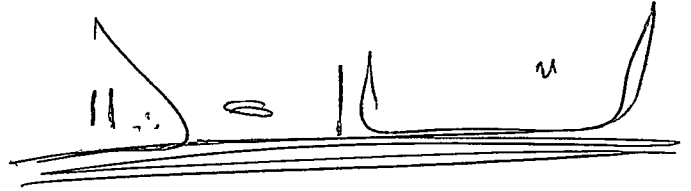
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920190046601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190046601)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920190046601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2020-00204-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: RICARDO AYALA TORRES

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA (AFP
PROTECCIÓN, AFP PORVENIR 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., Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada Protección S.A. (fls.16 ss) Porvenir S.A. (fls.6 ss) Colpensiones (fls.12 ss) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Ricardo Ayala Torres instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Protección y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folio 2 medio magnético “02Demanda.pdf”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la exclusión de todo efecto jurídico del acto del traslado del demandante del RPM al RAIS efectuada por la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A, con fecha de efectividad del 1 de agosto de 1996; por la trasgresión al deber de información de este fondo a la demandante, por no informar de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas.
2. Se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado por el demandante, inicialmente a la AFP Porvenir S.A., por entenderse que la AFP trasgredió el deber de información.
3. Se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado por el demandante, con posterioridad a la AFP Protección S.A., por entenderse que la AFP trasgredió el deber de información.
4. Se declare que para efectos pensionales el demandante siempre ha estado afiliado y vinculado al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad.

Condenas:

1. Se ordene la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia la nulidad del traslado a la AFP Protección S.A.
2. Se condene a Colpensiones a adoptar como afiliado sin solución de continuidad al demandante, quien para efectos pensionales siempre ha estado afiliado y vinculado al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a AFP Protección S.A. la devolución de los aportes a Colpensiones, de todas las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, costos de administración, recibidas por concepto de aportes

obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que dichos dineros estuvieron en poder de la administradora.

4. Se condene a Colpensiones que al momento de reconocer y cancelar pensión por vejez a favor del demandante, se realice aplicando lo dispuesto por los artículos 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, con ingreso base de liquidación que le resulte mas favorable.
5. Se condene a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita del artículo 50 del C.P.L.
6. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Proteccion S.A. (fl.2"02ContestacionDemanda.pdf"), AFP Porvenir SA (fl.2"02ContestacionPorvenirAnexos.pdf") y Colpensiones (fl.2"02ContestacionDdaColpensiones.pdf") de acuerdo al auto del 1 de diciembre de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del octubre 5 de 2021, **DECLARÓ** que el traslado que hizo el señor Ricardo Ayala Torres del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A., y con efectividad a partir del 01 agosto de 1996, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual, declarándose la ineficacia de las mismas, esto es la afiliación que se realizó a de Porvenir S.A. a Proteccion S.A. **CONDENÓ** a Porvenir S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, esto es desde el 01 de agosto de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1998, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. **CONDENÓ** a Protección S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se ha encontrado afiliado el demandante, esto es, desde el 01 de octubre de 1998 en adelante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **INFORMÓ** a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de Porvenir S.A. y Protección S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. y Protección S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Manifiesta que la decisión del actor de trasladarse con Colpatria al Régimen de Ahorro Individual, no estuvo viciada de ningún tipo de error, fuerza o dolo, y que de igual manera, correspondió al ejercicio de un derecho. Adicionalmente pide tenerse en cuenta que la decisión adoptada resulta contraria al principio de seguridad jurídica, la cual dice, impide que en forma súbita se alteren las reglas que rigen las relaciones entre los particulares o entre los particulares y el estado conforme lo señaló la sentencia C-131 de 2004 emitida por Corte Constitucional.

Señala que se vulnera dicho principio con la providencia emitida porque se le resta valor probatorio al formulario de afiliación, documento que manifiesta era para la época, según el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, plena prueba tanto de la existencia como de la validez del acto de afiliación. Pide tenerse en cuenta que se han venido a exigir pruebas adicionales a la AFP, cuando para la época no se exigía ningún documento adicional referente a esta afiliación más que el formulario.

Menciona que esta circunstancia a lo que ha llevado es que se deje a las AFP sujetas al simple dicho de los actores, quienes no realizan ningún esfuerzo probatorio siquiera pequeño para en realidad probar que no se les brindó ningún tipo de información, lo cual constituye una desigualdad en la que la única perjudicada viene siendo las AFP.

Solicita que, con fundamento en el principio de seguridad jurídica y conforme el formulario de afiliación válidamente incorporado como prueba, tengan por acreditado el deber de información que le asistía a Porvenir en tanto para la época los fondos no tenían obligación diferente a guardar el formulario de afiliación.

Apela que dentro de la providencia se desconoció lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte, donde se decía que los únicos aspectos que debía contemplar la asesoría para esta época eran los correspondientes a las condiciones que regían uno y otro Régimen Pensional y las condiciones del reconocimiento de la pensión, circunstancias que expresa el apelante, se logró acreditar con el interrogatorio de parte, como quiera que tenía conocimiento de uno de los aspectos básicos que diferencia uno y otro fondo y que tiene incidencia directa en el reconocimiento de la pensión como es la generación de rendimientos financieros.

Refiere que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 exigía no que el actor tuviera un curso avanzado en seguridad social o en el funcionamiento de los fondos, sino que conociera la lógica de los fondos bajo la cual se iban a regir sus intereses en adelante, lo cual señala que se acreditó.

Solicita acoger la teoría de los actos de relacionamiento expuesto en sentencias SL 1061 de 2021 y SL 2753 de 2021 que hablan de la necesidad de valorar la conducta del actor en el paso del tiempo y determinar si existía o no la voluntad de pertenecer al RAIS.

Pide tener en cuenta que si bien el actor habla que al inicio sintió la presión del empleador por pertenecer a uno y otro fondo, pudo apartarse de ello y tomar una decisión libre, más aún cuando a partir del año 2009 era una persona que era independiente y se encontraba en la plena capacidad de decidir con quien quería realizar sus aportes y su decisión fue continuar con el RAIS con Protección.

Gastos de administración

En cuanto a la condena en gastos de administración frente a Porvenir S.A, solicita a los Honorables Magistrados se libre a Porvenir de esta como quiera que el descuento de los mismos correspondía a una clara habilitación legal contemplada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 del cual se desprende que estos dineros nunca han tenido como finalidad financiar la pensión, sino que en parte buscan retribuir los servicios de administración realizados por Porvenir.

Aclara que pese a que la sentencia realiza es la declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual, de esta declaratoria se debía tener que la misma no generaría ningún efecto jurídico y frente a esta lógica, dice que resulta contrario el hecho de que a Porvenir se le obligue al pago de gastos de administración, cuando a la actora o a Colpensiones se le permite contar con los rendimientos financieros que fueron recursos generados debido a la buena gestión de Porvenir, quien aceptó la afiliación del actor actuando siempre de buena fe y en apego a la ley.

Apela que se está sometiendo a Porvenir a un detrimento patrimonial injustificado y se está vulnerando el derecho a la igualdad de las partes, en lo que tiene que ver con el contrato de afiliación.

Pide tenerse en cuenta que el traslado de recursos en estas oportunidades, se encuentra claramente regulado en el artículo 7 del Decreto 3935 de 2008, y menciona que dicha norma en ningún momento habla de que se deben trasladar los gastos de administración, y señala que son sumas que corresponden a la AFP en consideración a la gestión realizada con estos dineros, gestión que expresa, de ningún modo puede pertenecer a Colpensiones, toda vez que esa administradora no realizó ninguna gestión sobre los dineros que existen en la cuenta de ahorro individual del actor. Indica que recientemente los conceptos de la superintendencia financiera mencionan que no existe el deber de trasladar estos recursos.

Solicita que, en el caso de que se decida mantener la condena, se de aplicación a la prescripción de que trata el artículo 1081 del código de comercio en lo que resulta concordante.

Finalmente solicita que se libre a Porvenir de la condena en costas tanto en primera como en segunda instancia, como quiera que Porvenir S.A. actuó de buena fe y en apego a la ley al momento de la afiliación del actor y durante todo el tiempo que esta estuvo vinculado. Adicionalmente dice que la condena en costas tiene un factor objetivo como se desprende del artículo 361 del CGP que señala que en caso de encontrarse fundamento para su imposición, las mismas deben ser aplicadas a los vencidos en juicio, por lo que indica que Colpensiones también resulta vencido en juicio, pero pese a ello se le libró de la condena en costas, la cual se impone solamente en contra de Protección y Porvenir, desconociendo ese factor objetivo.

La parte demandada (Protección S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Apela de manera parcial frente a la sentencia proferida por la Juez de instancia en lo referente a la devolución de los gastos de administración al RPM de manera indexada.

Menciona que la deducción de los gastos de Administración de la cuenta de Ahorro Individual se hace por disposiciones legales válidas y vigentes aplicables actualmente y

contenidas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y que aplica para ambos regímenes, el descuento de dichos dineros se realiza de buena fe y por el imperio de la ley y por la buena gestión realizada por parte de mi representada en todo el tiempo que el accionante ha estado afiliado a la AFP Protección.

Pide tener en cuenta que Protección ha administrado de manera correcta y oportuna dicha cuenta de ahorro individual y la misma ha generado rendimientos significativos con respecto a los depósitos que el mismo ha realizado en su cuenta de ahorro individual. Específicamente señala que el accionante ha realizado aportes en este caso especial por \$34.441.002 y por rendimientos tiene más incluso del 300 o 400%, teniendo en cuenta que los rendimientos obtenidos a través de la AFP Protección ascienden a la suma de \$157.670.359 para un valor total de la cuenta de ahorro individual de \$194.909.000.

Exhibe el oportuno y correcto manejo de la cuenta de ahorro individual, teniendo ganancias bajo la administración de Protección encima del 300 o 400% sobre los depósitos que la accionante ha realizado en dicha cuenta de ahorro individual.

Señala que no desconoce las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, teniendo en cuenta entonces que las cosas se retrotraen y se tiene como que nunca se hubiera trasladado al RAIS, sin embargo manifiesta que, la realidad fáctica es que todo este tiempo ha existido una cuenta de ahorro individual, que Protección ha realizado gestiones oportunas para que la misma obtenga los rendimientos anteriormente mencionados y que no puede devolverse un porcentaje por concepto de gastos de administración a una entidad que no ha administrado dichas cuentas.

Considera que devolver estos dineros con cargo al patrimonio de Protección y de manera indexada se está realizando una doble condena, la primera en la devolución de dichos gastos, teniendo en cuenta que esos dineros que aporta el accionante o los afiliados, no hacen parte de manera directa de la cuenta de ahorro individual, hacen parte de los gastos de administración y en ese sentido dice que los mismos no son susceptibles de devolución y serían también susceptibles de prescripción en caso de que se ordene la devolución de los mismos.

Adicionalmente refiere el tema de la devolución indexada, pide tener en cuenta que los rendimientos de la cuenta de ahorro individual superan con creces los aportes que el accionante ha realizado, y dice que por ende no pueden devolverse los dineros por concepto de gastos de administración de manera indexada, cuando se observa en la cuenta de ahorro individual unos rendimientos del 300 y 400% frente a los aportes que el accionante realizó en la cuenta de ahorro individual. Expresa que drásticamente se está sancionando con exceso en ese punto específico a la AFP.

Señala también que de devolverse el 1.5% al fondo de garantía de pensiones mínimas, se tuviere que haber vinculado a esa entidad a este tipo de procesos, teniendo en cuenta que

el recaudo que se hace de esas cuentas de ahorro individual se realiza por el imperio de la ley, no se realiza por mala fe sino por un mandato judicial y en ese sentido dice que, dicha entidad debió haberse vinculado a este proceso para que ejerciera la defensa de sus intereses.

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

Solicita se revoque la decisión emitida por el A quo y en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas.

Señala que el demandante realizó su traslado de Régimen pensional conforme lo establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, realizando su afiliación primigenia al RAIS en el año de 1998 y posteriormente, realizó su traslado de Régimen Pensional a Protección. Pide tener en cuenta que el demandante tuvo a lo largo de toda su afiliación desde 1998 la posibilidad de acercarse a las distintas administradoras a solicitar la ampliación de la información respecto de su derecho pensional y dice que incluso, en el año 2003 con base en la ley 797 de 2003 se brindó la posibilidad de quienes sintieran alguna vulneración de sus derechos de retornar al RPM sin que el demandante haya hecho alguna acción tendiente al retorno de este régimen pensional.

Indica que solo hasta el año 2019 cuando el demandante ya se encontraba dentro de la prohibición descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en la cual se dispuso que no podrán trasladarse de régimen los afiliados que se encuentren a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional y por tanto dice que, encontrándose ya dentro de esta prohibición resulta improcedente acceder al pedimento de retornar al RPM, más cuando el demandante no cumplió con las condiciones o deberes que imponen el Decreto 2241 del año 2010 en el cual se reglamenta el Régimen del Consumidor Financiero, imponiendo dentro de sus deberes el de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de pensiones del cual dependerán sus expectativas y dice que el silencio o la no toma de esta decisión o de solicitar esta información, se entenderá como una aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que conlleve su decisión.

Dice que, si bien es cierto, es una obligación de las administradoras brindar la información, no es menos cierto que no exonera solamente esto el deber del afiliado de concurrir a su escogencia de régimen.

Señala que no se puede afirmar el día de hoy después de mucho más de 10 años que no se brindó la información, que no recuerda la información o que no tuvo tiempo para solicitar la información. Pide tener en cuenta que para el momento de la afiliación primigenia del demandante al RAIS, el mismo se encontraba dentro de una mera expectativa y estaba en plena construcción su derecho pensional. Señala el demandante al principio estuvo

vinculado como un empleado y al día de hoy, su afiliación desde el año 2008 es como independiente, por tanto dice, ha habido una variación en su IBC e incluso en la forma como él está cotizando y que sus cotizaciones no son continuas sino discontinuas debido al tipo de trabajo que el demandante ejecuta.

Finalmente indica que todos estos son medios en donde se evidencia la ratificación del demandante de mantenerse afiliado al RAIS descrito en el artículo 1754 del código civil y, por tanto expresa que, se encontraría válidamente afiliado al RAIS.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. efectuado por el(la) señor(a) **Ricardo Ayala Torres** el día 6 de junio de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. y 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 Colpatria, hoy AFP Porvenir SA el 6 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1996, posteriormente solicito traslado a la AFP Protección S.A. el 26 de agosto de 1998 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1998 ("02ContestacionDemanda" pag41 SIAFP)

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Protección S.A. aportó: constancia de afiliación, historia laboral OBP, SIAFP, reasesoría, certificado movimientos cuenta, historia laboral, concepto de la Superfinanciera, políticas de asesoramiento, publicación prensa. AFP Porvenir S.A. aportó: Formulario afiliación, SIAFP, historia laboral, respuesta a solicitud de nulidad, certificado de egreso, comunicado de prensa El Tiempo, concepto Superfinanciera de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de junio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 6 de junio de 1996, el(la) demandante tenía 579,29 semanas ("02ContestacionDemanda.pdf" página 61), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 2 de octubre de 1962 – "02Demanda.pdf" página 22) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2024 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.651 semanas – "02ContestacionDemanda.pdf" página 61), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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. ni AFP Protección S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Ricardo Ayala Torres** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 6 de junio de 1996.

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:

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 las costas. Numeral 8 del art 365 C.G.P. "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandada Porvenir S.A. y Protección S.A porque considera que se causaron, Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a Colpensiones porque consideró 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 Porvenir S.A.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA., 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.

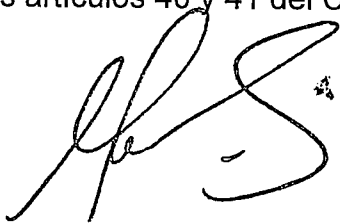
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá

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

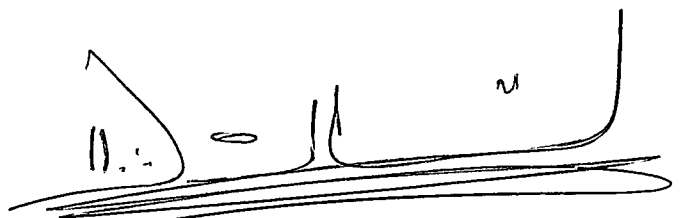
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

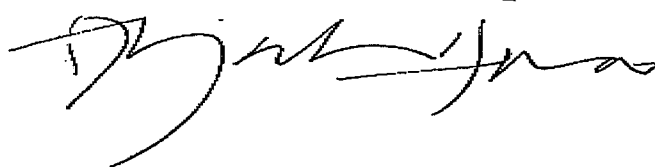
(Rad. 11001310503920200020401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920200020401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920200020401)