



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 038-2018-00532-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JOSE MANUEL TAMAYO OLARTE
DEMANDADO: COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Parte demandada –COLPENSIONES Y MINISTERIO DE HACIENDA– presentaron alegaciones, 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 JOSE MANUEL TAMAYO OLARTE instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que COLPENSIONES incumplió sus obligaciones contempladas en el artículo 9 del Decreto 2879 de 1985, en la medida que no investigó las razones por las cuales los aportes efectuados entre el 1 de febrero de 1992 y el 1 de septiembre de 1993, aparecen reducidos o variados en más de 4 categorías.
2. **DECLARAR** que COLPENSIONES le causó perjuicios, al no haber liquidado el bono pensional con el salario realmente devengado para el 30 de junio de 1992.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a COLPENSIONES, a liquidar el bono pensional con el salario realmente devengado.
2. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a título de perjuicio las diferencias que resulten de la reliquidación del bono pensional
3. **COSTAS PROCESALES.**

CONTESTACION DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 61 a 81 y del auto de fecha 13 de febrero de 2019 (folio 115, expediente digital).

Mediante providencia dictada el 10 de marzo de 2019, el Juzgado de origen ordenó la vinculación del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en calidad de Litis consorte necesario, entidad que también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de mérito (carpeta 9 del expediente digital)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **CONDENÓ** en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, alegando en síntesis que pese a que el juez realizó un análisis del material probatorio aportado al plenario y aplicó la normatividad que regía la situación, efectuó una interpretación errónea, en la medida que a través de la planilla aportada por el mismo empleador y radicaba ante el ISS hoy COLPENSIONES, se acreditaba que en su momento fue reportado el salario realmente devengado, siendo la entidad de seguridad social la que reflejo en la historia laboral un salario distinto.

Así mismo aseguró que el juez de origen, no hizo uso de las facultades ultra y extra petita, para convocar a quien figuró como empleador, máxime cuando las entidades demandadas peticionaron dicha vinculación, lo que generó la absolución a favor de la pasiva.

Finalmente adujo, que el juez fue muy riguroso en la interpretación dada a las normas citadas, en la medida que solo consideró que la entidad de seguridad social tenía la facultad de realizar la investigación cuando los ingresos en la cotización tuviesen un alza o aumento sin justificación, situación que a su juicio también debe aplicar cuando existe una reducción en la cotización.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si el demandante tiene derecho a la reliquidación del bono pensional, teniendo en cuenta el salario realmente devengado.

En esta instancia se encuentra probado que el actor laboró para la compañía GRANT TENSOR GEOPHYSICAL CORP., desde el 1 de septiembre de 1989 hasta el 2 de febrero de 2006, tiempo durante el cual realizó cotizaciones al ISS, a COLFONDOS y SANTANDER S.A. Así mismo está acreditado que el demandante efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 1 de septiembre de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1994, reuniendo un total de 319 semanas y que la fecha de redención normal del bono pensional tuvo lugar el día 09 de Julio de 2017, calenda en que el señor JOSÉ MANUEL TAMAYO OLARTE cumplió 62 años de edad. Que el estado actual en que se encuentra el bono pensional del demandante es el de LIQUIDACION PROVISIONAL y que el mismo está siendo liquidado usando una Historia laboral de 2.233 días (319 semanas) y

un salario base de \$123.210.00 a 30 de Junio de 1992 (carpeta 9 del expediente digital).

Ahora, alega el demandante que el salario devengado para junio de 1992, fue equivalente a \$1.225.000, por lo que considera que el bono pensional debe ser liquidado teniendo en cuenta dicha remuneración.

Luego, tenemos que el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, prevé que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Igualmente, el bono pensional tipo A, representa el valor de los tiempos de servicio o cotización de un trabajador que se traslada de régimen, el cual para su consolidación depende de la información de la historia laboral, para que una vez afianzada y confirmada por los empleadores permita la emisión del bono, a efectos de que el mismo en la fecha correspondiente, sea redimido y pagado.

Ahora, el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994, se ocupó del salario base para calcular el bono pensional, precisando:

ARTICULO (sic) 5o. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE REFERENCIA. Para los efectos de que trata el literal a. del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado;

*a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario **devengado** con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.*

No obstante, El precepto jurídico mencionado, al ser expedido por fuera de las facultades entregadas al Presidente de la República, provocó su inexecutable en el año 2005, a través de la sentencia C-734 de 2005, empero la citada norma, desde un inicio suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el cual había dispuesto todo lo contrario, esto es que la pensión de referencia se liquidaba teniendo en cuenta «la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992» y no lo devengado; así como, con los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social, de los cuales deriva la regla según la cual las pensiones se financian con lo efectivamente cotizado.

Y pese a que la sentencia de constitucionalidad no tuvo efectos retroactivos, la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL 31855 de 2009, reiterada en la sentencia SL1042 de 2019, optó por inaplicar el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994, precisamente porque desde el principio advirtió un conflicto entre dos normas vigentes, que debía ser resuelto en favor del texto enunciado en la Ley 100 de 1993 y al cual estaba subordinada la reglamentación del Gobierno.

Frente a la inaplicación de esta norma, adujo la Corte en las citadas sentencias:

“Es evidente que el artículo 5º del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con éste último y no con el se le cotizó.

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley.

Y pese a que la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad, reiteró en forma textual que: “Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica”, por eso puntualizó que “no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5º es plenamente aplicable. La sentencia T910 de 2006 lo explicó así: “De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como establecía el literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992” (...). Es decir, que según lo dicho por esa alta Corporación, el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, surtió efectos y los seguirá surtiendo en tratándose de situaciones acontecidas bajo su vigencia.

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen, porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.”

Adicionalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en sentencia del 16 de diciembre de 2003, también se pronunció al respecto, enunciando que además de que hubo un exceso en las atribuciones reglamentarias; también una posible violación de la prohibición del artículo 335 de la Constitución Política de «decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado»:

“La segunda preocupación hace referencia a la posible violación, por parte del mencionado Decreto Ley 1299 de 1994, del artículo 355 de la Constitución Política de 1.991, el cual prohibió a partir de su promulgación, “decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. El problema surge cuando se profundiza en el estudio de las responsabilidades jurídicas y económicas que ha tenido y tendrá para la Nación el cambio de la forma de liquidación del bono pensional estatuido en la ley 100, realizado por el Decreto Ley 1299 de 1994, artículo 5º, literal a), ya que al pasar del concepto de “base de cotización” al de “salario devengado”, en aquellos casos en que el “devengado” supera la categoría máxima de cotización del ISS en la fecha base, que era de 10 SMLM, se genera un mayor valor del bono, a cargo de la Nación y a favor de las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual, según se mostrará detalladamente en este concepto. El mayor valor del bono por el cual debe responder la Nación, puede ser, a juicio de la Sala, un auxilio inconstitucional al tenor del artículo 355 ya citado.”

En este orden de ideas se concluye, que el salario base de liquidación del bono pensional a 30 de junio de 1992, debía ser aquel sobre el cual el asegurado cotizó al sistema y no el que devengó, por lo que a pesar que el demandante probó que la remuneración percibida en junio de 1992, fue superior al ingreso reportado al sistema de seguridad social en pensiones-\$1.225.000-, el ente Ministerial debía tomar aquel señalado en el historial laboral, esto es, \$132.210.

Ahora, si lo pretendido por el demandante, es que se reliquide el bono pensional, bajo el argumento que el salario realmente reportado al sistema por el empleador fue de \$1.225.000, debía demostrar estos supuestos facticos, circunstancia que no ocurrió quedándose en una simple manifestación, por las razones que se pasan a exponer:

- El Decreto 3063 de 1989 en su artículo 19, reguló lo referente al salario a reportar, indicando: “no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que

recibe el trabajador en dinero o en especie que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en los días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones y, en general, el conjunto de factores que lo constituyen de acuerdo con los artículos 127, 128, 129, 130 y 131 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 8º del Decreto reglamentario 617 de 1954 del mismo estatuto legal, incluyendo el auxilio de transporte.”

Igualmente, el artículo 72 del decreto precitado, enunció: *“INSCRIPCION O REPORTE INEXACTO EN CUANTO A LA CUANTIA DEL SALARIO. El patrono que no haya informado al Instituto el salario real del trabajador dando lugar a que se le disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponderá a dicho trabajador o a sus derecho habientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el Instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar.”*

Entre tanto, la historia laboral del actor, incorporada dentro del expediente administrativo, evidencia que para febrero de 1992 se reporta una novedad, consistente en el cambio de salario, en una suma igual \$123.210, el que fue reportado hasta junio de 1993, ya que para el mes siguiente se señaló que el salario varió a \$665.070.

- A pesar que el demandante allega una certificación expedida por quien en su momento figuró como empleador, así como los desprendibles de nómina, documentos que dan cuenta que el salario devengado para junio de 1992, fue de \$1.225.000, esta situación no alcanza materializar que el salario reportado al sistema de seguridad social pensiones, hubiese sido equivalente a la mencionada cifra.

-A lo anterior se agrega que fue incorporado un comprobante “de derechos”, que indica que entre mayo y junio de 1992, el demandante fue reportado al sistema en la categoría 29, dado el salario cotizado, que corresponde a \$123.100, según Decreto 2630 de 1983.

-No se allegó material alguno, esto es, planillas o comprobante de pago que diera certeza que al demandante se le realizó la cotización para el año 1992, teniendo como referencia el salario devengado equivalente a \$1.225.000 o siguiera el máximo asegurable-CATEGORIA 51-Decreto 2610 de 1989.

-La relación de novedad que obra dentro del expediente administrativo del accionante, radicada ante el ISS el 27 de febrero de 1992, evidencia un cambio de salario, equivalente a \$1.225.000, (folio 21 carpeta 2014-10088338-201 expediente administrativo) pero este documento no alcanza a demostrar que ese valor fue el reportado para junio de 1992, máxime, cuando el comprobante del cual se denota el pago de la cotización para junio de 1992, describe que lo fue en la categoría 29, que tal como ya se indicó corresponde a \$123.100, según Decreto 2630 de 1983.

-Si bien, el artículo 9 del Decreto 2879 de 1985, previó que cuando el empleador reporte un cambio de remuneración del trabajador que conlleve a una variación igual o superior en cuatro (4) categorías sobre la que se venía cotizando, el Instituto, de oficio, adelantará la correspondiente investigación, con el fin de establecer si el nuevo salario reportado corresponde al efectivamente devengado, empero dicho precepto no aplica en el caso del demandante, en la medida que el mencionado trámite administrativo, solo procede ante aumentos en el salario, todo con el objetivo de no defraudar al sistema, pues en caso contrario, es decir, ante una disminución, existen tal como ya se mencionó unas sanciones en contra del empleador.

Finalmente en cuanto a la petición de llamar a juicio a la persona jurídica, GRANT TENSOR GEOPHYSICAL CORP, que en su momento figuró como empleador del aquí demandante, en calidad de Litis consorte necesario, cabe mencionar que la vinculación al proceso de una persona bajo la citada modalidad, no está condicionada por la pluralidad de sujetos que persigan un fin similar o por el de aquellas que tuvieron algún tipo de relación o vinculación, sino porque la cuestión a decidir, verse sobre relaciones, situaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o mandato legal, no sea posible resolver de fondo sin su intervención, en cuanto es sujeto de esa relación o porque intervino en esa situación o acto, parámetros que no aplican en el asunto de marras, pues con solo analizar lo pretendido y expuesto en la demanda, resulta claro para esta Sala de Decisión, que no se requería la intervención del mencionado sujeto para estudiar y resolver las peticiones.

Adicionalmente nótese, que el demandante, a pesar de las respuestas dadas por el ISS, a sus múltiples requerimientos, en las que se le indicaba que el salario reportado era el que aparecía reflejado en la historia laboral, decidió demandar únicamente a la entidad de seguridad social, por lo que se considera que no era necesaria su intervención para definir de fondo el problema jurídico planteado, aunado a que desde la fijación del litigio se dejó planteado el cuestionamiento a resolver, sin que las partes hubiese recurrido dicha decisión.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas.

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, 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 las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de cada una de las accionadas. 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. 11001310503820180053201)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503820180053201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820180053201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00568-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ELEONORA CORRALES DE APONTE
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación, Partes demandadas (Colpensiones y Protección S.A) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre 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 Sonia Lorena Riveros Valdés, identificada con CC No. 1.105.681.100 de Espinal y tarjeta profesional No. 255.514 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl. 9)

La apoderada de la demandada Colpensiones, así como el apoderado de la parte demandada Protección S.A, y el apoderado de la parte demandante, presentaron

alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) ELEONORA CORRALES APONTE instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fls. 6, 8 y 9 del archivo 1 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRINCIPALES:

1. Declarar la ineficacia del acto de afiliación ilegalmente registrado, por medio del cual se trasladó a la señora ELEONORA CORRALES APONTE sin el lleno de los requisitos legales, mediante error y sin consentimiento informado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que en su momento administraba el ISS hoy la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra la AFP PROTECCIÓN S.A, atendiendo a la falta de requisitos legales y el error bajo el cual se suscribió el formulario de afiliación y se trasladó a la demandante al RAIS.
2. Declarar para todos los efectos legales, que la señora ELEONORA CORRALES APONTE nunca estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra la AFP PROTECCIÓN S.A.
3. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de PROTECCIÓN S.A, se declare que la señora ELEONORA CORRALES APONTE debe quedar inscrita en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.
4. Que se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de régimen pensional de la señora ELEONORA CORRALES APONTE que fue radicado formalmente en esa administradora el ocho (8) de marzo de 2018, procediendo entonces a inscribir a la peticionaria en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra esta entidad.

5. Que se condene a PROTECCIÓN S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el valor de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la cotizante ELEONORA CORRALES APONTE.

6. Costas procesales.

SUBSIDIARIAS:

1. Declarar que la AFP PROTECCIÓN, compromete su responsabilidad frente a cualquier infracción, error u omisión de sus promotores en desarrollo de las labores de promoción o gestión con las que se hubiere realizado la respectiva vinculación, en especial, aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados.

2. Declarar que el promotor de la AFP PROTECCIÓN, encargado de asesorar el traslado de la demandante del RPM que en su momento administraba el ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS que administra la AFP PROTECCIÓN, carecía de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado sobre el RAIS y el RPM.

3. Declarar que el traslado de la demandante del RPM administrado hoy por COLPENSIONES al RAIS que administra la AFP PROTECCIÓN, se realizó teniendo en cuenta y con base en la información suministrada por el promotor comercial de PROTECCIÓN S.A.

4. Declarar que la AFP PROTECCIÓN es responsable por las acciones, infracciones, errores u omisiones del promotor que informó y asesoró a la demandante en el traslado del régimen y con ello generó un perjuicio de los intereses económicos de la señora ELEONORA CORRALES APONTE.

5. Condenar a la AFP PROTECCIÓN, al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen de la demandante por lucro cesante: representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el RPM y el valor de la mesada pensional que le corresponde en el RAIS, proyectada hasta su expectativa de vida, para lo cual se aporta el dictamen pericial con los valores discriminados para su liquidación.

6. Condenar a la AFP PROTECCIÓN al pago de la diferencia en el valor de la pensión señalada anteriormente con cargo a los propios recursos de la AFP PROTECCIÓN.

7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN S.A (archivos 12 y 16 del expediente digital) y COLPENSIONES (fls. 125 a 172 y 179 a 186 del archivo 1 del expediente digital y archivo 2 del expediente digital), de acuerdo al auto del 06 de octubre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora ELEONORA CORRALES APONTE al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de ello, **ORDENÓ** trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. **CONDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a ELEONORA CORRALES APONTE al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. **COSTAS** a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO: El apelante asegura que no debe declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media (RPM) al régimen de ahorro individual (RAIS), ni declararse la afiliación a la Administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, en la medida en que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones.

2. RE ASESORÍA BRINDADA POR LA AFP PROTECCIÓN: Expone que, en el presente proceso se encuentra probado que a la señora Eleonora Corrales, Protección le realizó una re asesoría para el 26 de septiembre del 2008 con una simulación de lo que podría ser su mesada pensional, y afirma que la demandante lo dijo claramente en su interrogatorio de parte, que le dijeron “que en el RPM era un poquito más alta la mesada pensional” por lo que no se debe pasar por alto esta re asesoría que le hicieron a la señora Eleonora y no argumentar que no hubo el deber de información por parte del fondo privado, pues en la fecha en que le hicieron esta re asesoría, la demandante se podía trasladar al RPM y no lo hizo, por lo tanto, considera que no debe declararse la ineficacia del traslado en este proceso.

3. ACTOS DE RELACIONAMIENTO: Además, expone que según las sentencias SL 4934 del 2020, y SL 1061 del 2021 la señora realizó actos de relacionamiento, esto es, actualizó correo electrónico y se debe tener en cuenta que hubo una re asesoría y que por ello, aun cuando no haya certeza de si el afiliado resolvió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forzar la plena convicción de su elección. Afirma que, en la actualidad, estas sentencias proferidas por estos Despachos judiciales de declarar la ineficacia del traslado quebrantan el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución política de Colombia.

4. DEBER DE LA DEMANDANTE DE ILUSTRARSE: Ahora bien, en este punto, el apelante trae a colación una sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá, la cual dice que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse sobre la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional. Argumenta que teniendo en cuenta lo anterior, solicita también al Tribunal Superior de Bogotá, en caso de confirmar la sentencia, que se ordene a Colpensiones reintegrar la totalidad de cotización conforme las sentencias SL-1421 de 2019 radicado 56174, SL 17595 del 2017, SL 4989 del 2018.

5. CONDENA EN COSTAS: En cuanto a las condenas impuestas a Colpensiones, solicita que, en caso de confirmar, no sea condenada en costas la entidad, por cuanto Colpensiones nada tuvo que ver con el contrato que hizo la demandante frente al traslado a Protección.

La **parte demandada (PROTECCIÓN S.A)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. INFORMACIÓN SUFICIENTE Y RE ASESORÍA: En primer lugar, el apelante afirma que es importante mencionar que, al momento de la afiliación a la accionante se le brindó información necesaria, información oportuna, clara y comprensible y posteriormente en los años siguientes se tuvo una re asesoría de proyección pensional. Así mismo, expone que no es dable, en cuanto a que se afirma que se le brindaron simples formatos preestablecidos, cuando la información que se establece en las proyecciones pensionales son datos primarios que se obtienen del afiliado y que es este mismo él que los otorga con el fin de realizar una proyección verídica para el momento que se realiza para contener cuáles son sus rendimientos y cuales podrían ser al momento de obtener su pensión.

2. ACTOS DE RELACIONAMIENTO: Adicionalmente, expone que existen actos de relacionamiento, los cuales datan de la voluntad de la accionante de seguir y de permanecer en este régimen de ahorro individual.

3. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SEGUROS PREVISIONALES: Por otra parte, manifiesta que por lo anunciado anteriormente, no es dable

condenar a los perjuicios supuestamente ocasionados en cuanto a la devolución de gastos de administración y las diferencias que se ocasionan, pues no hay un nexo causal entre el daño que se menciona en la demanda con el supuesto daño que se ocasionó de esa diferencia pensional, toda vez que existió ampliamente una mesada pensional y una proyección pensional que incluso la accionante manifiesta haber conocido, donde se le puso de presente esa diferencia, por lo cual no existe ese nexo. Infiere así mismo, que la jurisdicción que deberá dirimir esta controversia es la jurisdicción civil por la naturaleza de la aseguradora.

Refiere que es importante recordar también, que en el literal d del artículo 60 de la ley 100 de 1993 se establece que en el Régimen de Ahorro individual, una parte del ahorro irá destinado al pago de prima de seguros, uno a financiar el fondo de solidaridad pensional y el otro a cubrir los gastos de administración, entre otros, y, es evidente que desde un inicio, un porcentaje se precisó a cada necesidad que dependiera en el régimen administrado por Protección S.A más allá de cubrir las prerrogativas pensionales de vejez.

Por lo cual, afirma que devolver estos gastos con cargo a las utilidades constituye una sobre remuneración injustificada, puesto que las gestiones de administración en efecto generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie más ante la afiliación que se declara no haber existido, sin embargo -explica- tales consecuencias si existen y deben ser reconocidas. Así, la remuneración por gastos de administración y los porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional y primas previsionales, se encuentran autorizadas por vía legal y dichos dineros entraron en el patrimonio de Protección S.A con origen legítimo y legal, más allá del futuro o las consecuencias que se deriven del negocio jurídico, fueron destinadas a cubrir provisiones con ocasión a la ley y no al capricho de Protección.

Finalmente, concluye que con lo anterior, Protección está imposibilitado para recobrar dichos pagos a las correspondientes aseguradoras y por consiguiente, en caso de que se ordene como se efectuó el traslado a Colpensiones, tendría que asumirlo a cargo de su propio patrimonio y esta situación, sería como condenar los perjuicios ocasionados cuando no existe nexo causal entre el daño y el supuesto perjuicio en cuanto se le puso de presente la información a la accionante y fue esta misma quien voluntariamente decidió permanecer y continuar afiliada a esta administradora.

4. COSTAS PROCESALES: Manifiesta que condenar en costas es improcedente, puesto que la administradora de pensiones Protección S.A no cuenta con un soporte normativo legal que la autorice a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho, por lo cual, son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción a fin de que esta se evalúe exhaustivamente.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION efectuado por el (la) señor (a) ELEONORA CORRALES APONTE el día 14 de noviembre de 1997; **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 consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN el 14 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 1º de enero de 1998 (fl. 69 del archivo 12 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 de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

Posteriormente mediante sentencia de 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, que 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: Expediente administrativo de la demandante que contiene: formulario de vinculación del año 1961, cédula de ciudadanía de la demandante, respuesta derecha de petición con fecha 19 de octubre de 2017, respuesta derecha de petición con fecha 08 de marzo de 2019, reporte de semanas cotizadas periodo 1967 – 1994, historia laboral de fecha 03 de octubre de 2019. PROTECCIÓN SA aportó: Formulario de afiliación del año 1997, certificado expedido en el año 2003 por Protección S.A, reasesoría realizada por Protección con fecha 26 de septiembre de 2008, proyección pensional realizada por Protección el día 16 de septiembre de 2008, respuesta derecho de petición emitido por Protección S.A con fecha 13 de agosto de 2018, respuesta derecho de petición por parte de Protección con fecha 06 de junio de 2019, historial laboral emitida por Protección S.A del 15 de marzo del 2021, historia laboral de bonos pensionales, SIAFP.

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

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, 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.

Para el momento del traslado el 14 de noviembre de 1997, el (la) demandante tenía 644.71 semanas cotizadas (fl. 48 del archivo 16 del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 11 de octubre de 1961 – fl. 61 del archivo 1 del expediente digital) al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podía pensionarse en el RPM en el año 2018, toda vez que actualmente tiene más de 1.807 semanas cotizadas– (fl. 48 archivo 12 del expediente digital) en cambio, en el RAIS tan solo podía, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado y de hacerlo antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital 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 efectos, 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.

Ahora bien, para desatar los recursos interpuestos por las apelantes, tenemos que en primer lugar la apoderada judicial de Colpensiones expone su desacuerdo con la declaratoria de la ineficacia del traslado, advirtiendo que el acto del traslado de la demandante del RPM al RAIS si fue válido y produjo efectos jurídicos, frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia CSJ SL 1497 de 2022 con radicado 90256, ha manifestado:

“Lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Respecto a la inconformidad de Colpensiones, por considerar que la demandante tenía el deber de ilustrarse sobre el cómo funcionaba cada régimen pensional, debe decirse que son múltiples las sentencias que explican esta situación, entre ellas, la CSJ SL3706 – 2021, la cual manifestó:

“Existe toda una batería normativa de carácter especial que regula la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, con lo cual, el fundamento para su declaratoria es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC.

(...)

La construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar al estudio sobre el elemento «consentimiento» buscando la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, para, en su lugar, centrarse en el análisis del «deber de información y buen consejo» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la

materia y que se concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”

Así pues, más allá de que la demandante hubiese tenido el deber de ilustrarse sobre las ventajas y desventajas que podría encontrar en cada régimen pensional, era deber legal de las administradoras de fondos de pensiones brindar una asesoría que contuviera información transparente, clara y verídica sobre las diferencias que tenía cada régimen al momento de su traslado, situación que evidentemente no se dio en estos términos en el presente caso, por lo cual, no es de recibo el argumento de este apoderado.

Frente al punto de apelación de Colpensiones en el cual solicita que “*se ordene a Colpensiones reintegrar la totalidad de cotización*” no es claro para esta Sala el fundamento de esta petición, pues en la sentencia emitida por el Juzgado 35 Laboral el 21 de octubre de 2021, en el numeral tercero se condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir todos los aportes que la demandante ELEONORA CORRALES APONTE hubiese efectuado a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A, por tanto , la Sala se releva del estudio de esta petición.

Por último, respecto a la inconformidad de la apoderada de Colpensiones sobre la no procedencia de la condena en costas para dicha entidad, debe insistir esta sala en que la misma no fue condenada en costas en la sentencia que está siendo objeto de apelación, por tanto, la Sala desestima la inconformidad y se releva de su estudio por las razones expuestas.

De igual manera, y contrario a lo manifestado por la apoderada de Colpensiones, esta entidad 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.

Ahora bien, frente a las inconformidades expresadas por la apoderada de Protección SA y la apoderada de Colpensiones, quienes coinciden al manifestar que el *a quo* no tuvo en cuenta la reasesoría brindada por la AFP Protección en el año 2008 ni los actos de relacionamiento realizados por la demandante.

Respecto de la reasesoría que alegan las apoderadas de los fondos demandados, es oportuno citar lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911 en la que ha precisado:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.**”* Negrita fuera de texto

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso, la que realizó Protección el 14 de noviembre de 1991, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que Protección S.A no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos, respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Sobre los actos de relacionamiento, debe traerse a colación lo dispuesto por nuestro Máximo Órgano de cierre en su sentencia SL5686 de 2021 radicado 82139, en la cual sostuvo:

“Debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

*Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. **En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada***

al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.” Negrita fuera de texto.

Ahora, ante la inconformidad manifestada por la apoderada de Protección S.A acerca de la no devolución de los gastos de administración, se resalta la sentencia CSJ SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante la cual enfatizó:

“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).”

Frente a la inconformidad expresada por la apoderada de Protección SA, sobre la devolución a Colpensiones de los emolumentos que tuvieron como destino el cubrimiento de seguros previsionales en Protección SA, tenemos que la sentencia CSJ SL 1017-2022 frente a un caso de condiciones similares, la alta Corporación sostuvo:

“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

(…)

Lo anterior por cuanto al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a

que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

(...)

Por lo anterior, es claro que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, establece que las AFP están obligadas a devolver a Colpensiones todos los conceptos que hicieron parte de la cotización del afiliado, pues contrario a lo que manifiesta la apoderada de Protección, la responsabilidad recae en la AFP al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada a la demandante al momento de la asesoría para el traslado del RPM al RAIS, es por ello que ante el incumplimiento de los deberes legales, la AFP es quien debe asumir la devolución de estos conceptos.

Finalmente, con respecto a lo manifestado por la apoderada de Protección S.A como se explicó en líneas anteriores, el derecho a la Seguridad Social se caracteriza por ser un derecho irrenunciable amparado en la Constitución Política, motivo por el cual, lo relacionado con este derecho y su protección se debe regir bajo los parámetros de las relaciones que incumben a los Jueces Laborales y no como lo afirma la apoderada de Protección, a la Jurisdicción Civil.

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 **ELEONORA CORRALES APONTE** del régimen de prima media a la AFP PROTECCIÓN S.A el día 14 de noviembre de 1997.

EXCEPCION 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 EN PRIMERA INSTANCIA:

La demandada Protección S.A., presentó objeción en relación con la condena en costas impuesta en primera instancia.

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

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes **PROTECCIÓN S.A** y **COLPENSIONES** habrá lugar a condenarlas en costas en esta 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 por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre de 2021.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES) 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. 11001310503520190056801)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503520190056801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190056801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Eleonora Corrales Aponte
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**035-2019-00568-01**

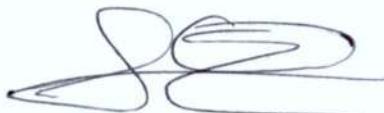
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2021-00373-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los Recursos de Apelación Partes demandadas (Protección S.A y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de diciembre 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 MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificada con CC No. 1.014.244.637 y tarjeta profesional No. 294.799 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La Dra. DANNIA VANESSA NAVARRO ROSAS, en calidad de Representante Legal de la firma NAVARRO ROSAS ABOGADOS SAS, quien se identifica con la CC No. 52.454.425 y T.P 121.126 del C. S de la J, presenta renuncia de poder. En consecuencia, se **ACEPTA LA RENUNCIA** del poder presentado, toda vez que la misma se encuentra ajustada a lo dispuesto por el inciso 5° del Artículo 76 del Código General del Proceso.

El apoderado de la demandada Colpensiones, así como el apoderado de la parte demandante, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fls. 8 y 9 del archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia del traslado de la señora MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por resultar ineficaz la afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., ante la omisión de este fondo del deber de informar a la demandante con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad; los riesgos, beneficios y desventajas.
2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos jurídicos al no haberse realizado en forma libre y espontánea.

3. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

4. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la demandante.

5. Costas.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN S.A (archivo 7 del expediente digital) y COLPENSIONES (archivo 6 del expediente digital), de acuerdo al auto del 17 de noviembre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 06 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado que efectuó la señora MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. **CONDENÓ** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenaron devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago **DECLARÓ** que la señora MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ para

efectos pensionales, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES y **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas **COSTAS** a cargo de la AFP **PROTECCIÓN** y a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PROTECCIÓN S.A)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre el siguiente punto:

1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: El apoderado de la AFP Protección interpone recurso de apelación de manera parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por gastos de administración.

Considera en primera medida 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 7 y el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa, como se realiza frente a cualquier entidad administradora de pensiones. Argumenta, además, que este descuento se realizó como contraprestación a una buena administración del recurso de la hoy demandante, lo cual asegura se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual y los cuales pueden observarse en el certificado de cuenta de ahorro individual obrante dentro del plenario.

Así mismo, expone que no hay lugar a devolver este dinero en razón a que se trata de valores ya causados durante la administración de estos recursos del fondo de pensiones y el cobro de estos dineros de administración se realiza como es permitido frente a cualquier entidad financiera.

Afirma que se debe hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008 MP. Eduardo López Villegas.

Por último, manifiesta que debe tenerse de presente que frente a este cobro del 3% destinado para los gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley, además este es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos en los siguientes términos:

1. SUFICIENCIA EN LA FIRMA DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN: El apoderado de Colpensiones manifiesta que, el Juez de primera instancia tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la Administradora de Fondo de Pensiones no demostró que la asesoría brindada frente a las características del régimen de ahorro individual con solidaridad hubiese sido completa, clara, transparente y verídica.

Explica que sin embargo, pone de presente que tal decisión fue tomada al momento de proferir la sentencia desconociendo la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de esta inversión de la carga de la prueba, siendo de especial relevancia la sentencia T-422 del año 2011, lo anterior, toda vez que la Corte Suprema de Justicia dispuso cuales son los casos específicos en donde ha de tomarse la actitud del afiliado, tratándose de la firma del formulario como verdadero entendimiento.

2. CARENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO: Asegura que deberá revocarse en su integridad la sentencia, en razón a que dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiera presentado algún tipo de vicio en el consentimiento al momento en el que la demandante decide hacer voluntaria y libremente su traslado de régimen, sino por el contrario, quedó debidamente acreditado que dicha afiliación fue libre, espontánea y voluntaria, y es en consecuencia de ello que solicita se revoque la sentencia, por ir en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y en consecuencia, solicita se absuelva a la misma y se condene en costas a la parte actora.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA efectuado por el (la) señor (a) MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ el día 27 de junio 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 consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP COLMENA el 27 de junio de 1994, efectivo a partir del 1º de julio de 1994. Posteriormente, dada la cesión por fusión, se trasladó a la AFP ING el 01 de abril del 2000 efectivo a partir del 01 de abril del 2000, finalmente y dada nuevamente la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 79 del archivo 07 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 de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia de 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, que 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: fotocopia de la cédula de la demandante, formulario de afiliación al Sistema General de pensiones, respuesta a derecho de petición de fecha 22 de julio de 2020. PROTECCIÓN SA aportó: historial laboral de la demandante, reporte estado de cuenta fondo de pensiones obligatorias, resumen de historia laboral emitido por la oficina de Bonos Pensionales, certificación SIAFP, formulario de afiliación de fecha 27 de junio de 1996, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera 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 27 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.

Para el momento del traslado el 27 de junio de 1994 el (la) demandante tenía 379.57 semanas cotizadas (fl. 44 del archivo 07 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 31 de julio de 1963 – fl. 23 del archivo 06 del expediente digital) al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al cumplir las 1300

semanas, toda vez que actualmente tiene más de 1.256 semanas cotizadas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieran informado y de hacer antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto a la inconformidad presentada por el apoderado de Protección SA, sobre la devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre, sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

De la misma manera, mediante sentencia SL 2207 de 2021 con Rad. 84578, ya nuestro máximo Tribunal había sido enfático al señalar:

*“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 a 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).” (Negrita fuera de texto)*

Ahora, respecto a la inconformidad presentada por el apoderado de Colpensiones, quien manifiesta que la firma del formulario era suficiente y que para el caso que nos ocupa, no es procedente invertir la carga para demostrar el deber de correcta información que debía acreditar la AFP Protección, al respecto, debe señalarse lo que ya la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado de manera pacífica, entre otras, en su sentencia SL 1501 de 2022 radicado 90780:

“(...) 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. (CSJ SL1688-2019)”

Por último, frente al otro punto de apelación del apoderado de Colpensiones, en el cual manifiesta que dentro del proceso no logró probarse vicio alguno del consentimiento y que, por el contrario, se acreditó que la afiliación fue libre y voluntaria, es pertinente seguir la misma línea de la sentencia citada anteriormente (*ibídem*) y exponer que al respecto Sala Laboral ha manifestado:

“Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.”

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, esto, trayendo a colación lo referido en 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 y sin más motivos de inconformidad que resolver, se **ADICIONARÁ** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de diciembre de 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA PATRICIA SIERRA

JIMENEZ junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, tal y como fue ordenado en el numeral SEGUNDO de la misma providencia. En lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCION 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

Por resultar desfavorables los recursos a los apelantes **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES** habrá lugar a condenarlos en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV para cada uno 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: **ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES *recibir* de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA PATRICIA SIERRA JIMENEZ junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, tal

y como fue ordenado en el numeral SEGUNDO de la misma providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de diciembre de 2021.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV para cada una; 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. 11001310502320210037301)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502320210037301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320210037301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Patricia Sierra Jiménez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00373-01**

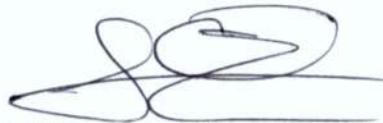
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 017-2015-00139-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: FIDELIGNA GONZALEZ Y BELARMINA AVELLA ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y DANIELA BARON AVELLA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA// GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
A FAVOR DE COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2021, 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-FIDELIGNA GONZALEZ- y demandada-COLPENSIONES-, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora FIDELIGNA GONZÁLEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece de folios 5-20 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su cónyuge OSCAR BARON ROBLES.
2. **DECLARAR** que es la única beneficiaria en el reconocimiento y pago de la prestación.
3. **DECLARAR** que **COLPENSIONES** adeuda las mesadas pensionales causadas desde el 11 de agosto de 2012, fecha de fallecimiento del asegurado, junto con los intereses moratorios y reajustes legales.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 11 de agosto de 2012, fecha de fallecimiento de su cónyuge.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
3. **CONDENAR** al pago de los reajustes legales y mesadas adicionales.
4. Costas procesales.

Por auto del 5 de septiembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia ordenó la acumulación del proceso ordinario n.º 110013105035201900193, en el cual es demandante la señora **BELARMINA AVELLA ACOSTA**, quien también pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, alegando la calidad cónyuge del pensionado **OSCAR BARON ROBLES**, junto con los intereses moratorios, reajustes legales y mesadas adicionales (folio 227-228).

Así mismo, mediante proveído de fecha 05 de septiembre de 2019, el Juzgado de origen admitió la demanda presentada por la señora **DANIELA BARON AVELLA**, como tercera ad-excludendum (folio 227-228), encaminada a obtener el reconocimiento del beneficio pensional, en un porcentaje del 100%, como consecuencia del fallecimiento de su padre (folio 177-182)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES, contestó las demandas presentadas por las señoras **FIDELIGNA GONZALEZ Y BELARMINA AVELLA ACOSTA**, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito (folio 104 cuaderno principal y folio 133 cuaderno expediente acumulado)

Por auto del 08 de octubre de 2018 y 23 de septiembre de 2019, el Juzgado de origen, tuvo por contestada las demandas por parte de la entidad de seguridad social (folio 141 cuaderno principal y 133 cuaderno expediente acumulado), y por providencia del 17 de enero de 2021, tuvo por no contestada la acción radicada por la señora DANIELA BARON (folio 231)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de julio de 2021, **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y prescripción, en relación a la señora FIDELIGNA GONZÁLEZ; **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción prescripción respecto de la accionante BELARMINA AVELLA ACOSTA, frente a las mesadas causadas hasta el 11 de marzo de 2017; y **DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN** de cobro de lo no debido en relación con las pretensiones formuladas por la señorita DANIELA BARÓN AVELLA. **DECLARÓ** no prospera la tacha de sospecha propuesta a la testigo LISETH FERNÁNDEZ CANO. **DECLARÓ** que las señoras FIDELIGNA GONZÁLEZ identificada con la C.C.20.339.474, en calidad de cónyuge supérstite, y BELARMINA AVELLA ACOSTA identificada con la C.C. 23.853.749, en calidad de compañera permanente supérstite, les asistía en forma vitalicia el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor Oscar Barón Robles, acaecido el 11 de agosto de 2012, junto con los reajustes legales anuales y las mesadas adicionales, en las siguientes proporciones: i) a la señora GONZÁLEZ el 51.66 %, y a la señora AVELLA ACOSTA el 48.33%., **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los siguientes valores a favor de las demandantes: A la señora FIDELIGNA GONZÁLEZ, por mesadas causadas entre el 11 de agosto de 2012 y el 31 de mayo de 2021, la suma de \$24'306.940, valor que deberá ser indexado al momento del pago y a partir del mes de julio de 2021, deberá cancelar una mesada pensional de \$436.067, que corresponde a la proporción del 51.66%, con los reajustes anuales y la mesada adicional de diciembre. **ORDENÓ** a COLPENSIONES reconocer y pagar a su vez, a la señora BELARMINA AVELLA ACOSTA, por mesadas insolutas causadas entre el 12 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2021, la suma de

\$13'531.635, valor que deberá ser indexado al momento del pago. Y a partir del mes de julio de 2021 deberá cancelar una mesada pensional de \$417.295, valor que corresponde a la proporción del 48.33%, y en adelante con los reajustes anuales y la mesada adicional de diciembre. **AUTORIZÓ** a COLPENSIONES para descontar los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la señorita DANIELA BARÓN AVELLA. **ABSOLVIÓ** de los intereses moratorios y **CONDENÓ** en costas COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante-FIDELIGNA GONZALEZ y demandada interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. DEMANDANTE:** Alega en síntesis que es la única beneficiaria de la prestación, ya que la señora BERLAMINA AVELLA, no logró demostrar que hubiese convivido con el pensionado desde el año 1983, enunciando que el hecho de haber procreados hijos, no dan cuenta de este presupuesto. Que la única testigo que dio cuenta de la supuesta cohabitación, solo describe hechos acontecidos desde el 2009, sin que alcancen abarcar los 5 años exigidos por la legislación.

Por otra parte manifestó que al haberse decretado la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales a favor de la señora BELARMINA AVELLA, ello acrecentaba su pensión de sobreviviente.

Así mismo, que tenía derecho a percibir 14 mesadas, ya que el derecho debía ser sustituido en las mismas condiciones en que adquirió la prestación el señor BARON.

Estuvo inconforme con los descuentos con destino al sistema de seguridad social, ya que considera que al no haberse prestado el servicio durante dicho periodo no había lugar a autorizar los mencionados descuentos.

Finalmente, adujo que prosperaba la tacha de sospecha de la testigo LISETH FERNÁNDEZ CANO, dada la amistad que tenía con la señora DANIELA BARON, lo que generaba que su declaración favoreciera los intereses de la señora BELARMINA AVELLA.

Mientras que la parte demandada, indicó que no había lugar a proferir condena por indexación, ya que negó el derecho pensional sujeta a las reglas establecidas en la legislación y que solo estaba a la espera que la autoridad judicial definiera los beneficiarios de la prestación, por lo que considera que ha actuado de buena fe, además que conceder dicho rubro, estaría en detrimentos de los recursos de la entidad. Por ultimo manifestó su inconformidad frente a la condena en costas, ya que el juez debió aplicar el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, esto es, abstenerse de emitir condena en costas, ya que las pretensiones prosperaron de manera parcial.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de las señoras FIDELIGNA GONZALEZ y BELARMINA AVELLA, con ocasión al fallecimiento del pensionado OSCAR BARON ROBLES. En caso, afirmativo, se habrá de determinar el porcentaje asignado a cada una, si hay lugar al pago de la mesada 14, así como al pago de los intereses moratorios o indexación. De igual manera se habrá de analizar si COLPENSIONES, puede efectuar del retroactivo pensional causado, los descuentos por aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Finalmente se estudiará lo referente a la condena en costas impuesta por el A-quo.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor OSCAR BARON ROBLES, a quien COLPENSIONES, le reconoció una pensión de vejez, a través del Acto Administrativo n.º002669 de 2002, en cuantía de \$376.833 a partir del 1

de marzo de 2002 (folio 21 expediente digital) falleció el 11 de agosto de 2012 (folio 25), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanentes supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (...).

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.”

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».

Ahora, debe tenerse en cuenta que, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, la Sala de Casación Laboral planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017. SL 1399 de 2018, entre otras.

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014 y SL 1399 de 2018, se dijo:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.”

Así mismo, cabe precisar, que cuando se alega convivencia simultánea, esta se tiene que demostrar durante los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del pensionado. Así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación n.º 45779 de 2018.

Así las cosas, alega la demandante FIDELIGNA GONZALEZ, que convivió con el pensionado fallecido desde el 15 de diciembre de 1980 hasta el 21 de diciembre de 2000, en calidad de compañera permanente, pues con posterioridad la convivencia se presentó como esposa, en la medida que el 22 de diciembre de 2000 contrajo matrimonio con el asegurado, sin que en ningún momento hubiese alegado convivencia simultánea, como si lo hizo la señora BELARMINA AVELLA.

Se tiene entonces que la demandante a efectos de probar los supuestos facticos que alega en su demanda, allegó como prueba el registro civil de matrimonio, el cual da cuenta que se casó con el señor OSCAR BARON ROBLES, el día 22 de diciembre de 2000 (folio 26 expediente digital).

Por otra parte la accionante incorporó unas declaraciones, rendidas por los señores LEONOR SUAREZ PEREZ y LUIS GUILLERMO CEPEDA RINCON, ante la Notaria Setenta y Ocho del Circuito de Bogotá, el día 13 de septiembre de 2012, y en la que señalaron: *“DECLARO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO lo siguiente: Que conocí de vista (sic) trato y comunicación por más de 55 años a el señor OSCAR BARON ROBLES, quien en vida de identifíco con la C.C. N° 17.061.905 de Bogotá y falleció el 1 DE AGOSTO DE 2012 por lo que se y me consta que al momento de su fallecimiento era de estado civil CASADO CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE, con la señora FIDELIGNA GONZALEZ, mayor de edad, identificada con la C.C. N°20.339.474 de Bogotá, convivieron juntos bajo el mismo techo de manera permanente e ininterrumpida. Durante (sic) más de 32 años en unión libre desde el*

15 DE DICIEMBRE DE 1980 hasta el 21 DE DICIEMBRE DE 2012, y contrajimos (sic) matrimonio el 22 de diciembre de 2000, hasta el 11 DE AGOSTO DE 2012 compartiendo techo, lecho y mesa en la CRA 78 N°41 B 20 Sur int 1 apto 101 Conjunto residencial Timiza Bloque GA”

Así mismo incorporó una certificación, expedida el 11 de abril de 2013, por el administrador del conjunto residencial URBANIZACION TIMIZA CELULA G, AGRUPACION G5, en la que señalaba: *“Certifico, que el señor OSCAR BARON ROBLES, identificado con cedula de ciudadanía n°17.061.905 de Bogotá, (fallecido el día 11 de agosto de 2012), propietario del apartamento 101 bloque GA entrada 01 ubicado en la carrera 78 n°41B-20 sur, urbanización Timiza célula G agrupación G5 bloque GA Y GB Timiza, donde vivió los últimos 5 años con su esposa la señora FIDELIGAN GONZALEZ identificada con cedula de ciudadanía n° 20.339.474 de Bogotá, quien reside hasta la fecha en el inmueble antes mencionado.”* (Folio 30)

Igualmente, arrió un formulario de afiliación al sistema de seguridad social en salud, suscrito por el señor BARON ROBLES, en agosto de 2005, a través del cual se evidencia que, fue afiliada como beneficiaria del pensionado (folio 24 expediente digital)

Durante el trámite del presente proceso, se recaudó la declaración del señor JOSE RODRIGO VASQUEZ, quien dijo conocer a la señora FIDELIGNA GONZALEZ y al señor OSCAR BARON, desde hacía 25 años *“siempre la conocí como la esposa de Don Oscar”*. Manifestó que inicialmente fueron vecinos en el barrio BOSA, después la mencionada pareja se trasladó al barrio TIMIZA, donde los visitaba con frecuencia *“sí, yo fui varias veces que los visite en Timiza, allá vivía don Oscar y la señor Fidela”*. Adicionalmente indicó que, el Señor OSCAR BARON y FIDELIGNA GONZALEZ, convivieron por muchos años antes de casarse, y que nunca se separaron, solo hasta la muerte del señor BARON *“no se separaron, siempre los conocí a ambos”*

Entre tanto el testigo JORGE COBOS PARRA, adujo conocer a la señora FIDELIGNA GONZALEZ, desde hace 30 años, *“ella vivió mucho tiempo con su abuelito González, luego se unió con Oscar y se fueron un poco de tiempo para Venezuela (...) Oscar era un amigo que hace como 60 años lo conocí, jugamos futbol, jugábamos tejo”*, que después que la pareja regresó de Venezuela, se fueron a vivir a BOSA y finalmente a Timiza, que inicialmente convivieron como compañeros, después se casaron: *“en el 2000, se casaron en el barrio ALSACIA ,*

la Iglesia que queda en el barrio Alsacia"; que fue padrino de ese matrimonio y que el señor BARON, siempre vivió con la demandante.

Finalmente, se escuchó la declaración de la señora LEONOR SUAREZ PEREZ, quien también manifestó conocer a la señora FIDELIGNA GONZALEZ, como esposa del señor OSCAR BARON, que dicha relación empezó en el año 1982: *"ellos vivieron en comunidad hasta que se casaron, ellos se casaron el 24 de diciembre de 2000"*, que se acuerda muy bien de la fecha del matrimonio porque inicialmente figuraba como madrina: *"porque nosotros íbamos hacer los padrinos de matrimonio pero mi esposo se enfermó y lo cual no pudo asistir y entonces no asistimos, desistimos del matrimonio, desistimos de ser sus padrinos"*. Que la convivencia de la citada pareja se presentó: *"hasta que yo los conocí hasta que el murió"*

Lo manifestado por la anterior testigo, coincide con lo expresado en la declaración extra juicio que realizó ante Notario, esto es, sobre la convivencia y el lapso durante el cual se presentó.

Adicionalmente, la hija del pensionado DANIELA BARON, quien también figura como demandante en el presente asunto, pese a que en su demanda, solicita el reconocimiento de la pensión en un 100%, se evidencia que en la declaración que rindió ante la Notaria Segunda del Circulo de Soacha, aseguró que su padre sostuvo una relación paralela con la señora FIDELIGNA GONZALEZ: *"SE QUE MI PADRE EL SEÑOR BARON ROBLES OSCAR TENIA OTRO HOGAR PARALELO CON LA SEÑORA FIDELINA GONZALEZ, HASTA LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO"*

Por otra parte, llama la atención de la Sala, que la demandante BELARMINA AVELLA, a pesar que durante el trámite de la primera instancia, señaló que su compañero convivió de manera simultánea con ella y con la señora FIDELIGNA GONZALEZ, adujo en su escrito de demanda lo siguiente: *"el día que falleció el señor OSCAR BARÓN ROBLES (q.e.p.d) se enteró que contrajo matrimonio civil con la señora FIDELIGNA GONZALES"*; sin embargo, la testigo LIZETH FERNANDEZ, quien fue llamada por la señora BELARMINA AVELLA, para rendir declaración dentro del presente proceso, señaló que conoció a la señora FIDELIGNA GONZALEZ, porque la vio en el entierro del señor BARON y en la misa de aniversario, y que tanto DANIELA BARON, hija del pensionado fallecido como la señora BELARMINA, le comentaron que tenía una relación con el señor BARON *"si yo sabía que el señor OSCAR también tenía una relación con la señora FIDELIGNA"*. Mientras que la testigo GLORIA HERNÁNDEZ, también solicitada por la señora AVELLA, preciso que después de la muerte del pensionado, la señora

BERLARMINA, le contó sobre la relación que tenía su compañero con otra señora: *"señor juez, yo realmente me vine a enterar fue después de que el señor murió, que él tenía otra relación, realmente no se quien sea la señora, ni como se llama"*, por lo que no tiene cabida el argumento expuesto por la señora AVELLA en su demanda, que solo hasta el fallecimiento de su compañero tuvo conocimiento del vínculo matrimonial de éste con la señora Fideligna, toda vez que las testigos que solicitó como prueba, dieron cuenta que ella conocía de esa situación tiempo atrás del deceso del pensionado.

Así las cosas, el material probatorio reseñado, permite concluir que la señora FIDELIGNA GONZALEZ, mantuvo vigente el vínculo matrimonial con el pensionado hasta el momento del fallecimiento de este, con quien convivió por espacio de más de cinco años, y de quien estuvo al pendiente dadas las patologías que padecía, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del beneficio pensional.

Ahora, respecto de la demandante BELARMINA AVELLA, desde ya debe indicarse que la sentencia de primera instancia será revocada en este aspecto, por los argumentos que se describen a continuación.

-Incorporó como pruebas documentales, la resolución mediante la cual COLPENSIONES, le otorgó pensión de vejez al señor OSCAR BARON, los registros civiles de nacimiento de DANIELA BARON Y ALEJANDRO BARON, donde figura la señora BELARMINA AVELLA como madre y el pensionado fallecido como padre, el registro civil de defunción del señor OSCAR BARON y los actos administrativos por medio de los cuales le negaron el beneficio pensional, material probatorio que no alcanza a materializar el requisito de la convivencia con el causante, durante un término de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, por alegar la calidad de compañero permanente.

Aunado a lo anterior, al verificar el expediente administrativo de la señora AVELLA, traído al proceso por COLPENSIONES, se verifica que la entidad de seguridad social demandada, le reconoció pensión de vejez, que en virtud de ello reclamó el incremento del 7% por hija a cargo, allegando durante el trámite administrativo una declaración rendida ante notario, el día 04 de agosto de 2011, por medio de la cual manifestaba que era soltera y que su primogénita dependía económicamente de ella: *"Yo, BELARMINA AVELLA ACOSTA Mayor de 55 años de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número 23.853.749 expedida en Paipa, domiciliada en este municipio, de estado civil soltera, de profesión u ocupación ama de casa"*

Por otra parte, entregó una declaración rendida por su hija DANIELA BARON AVELLA, el día 3 de agosto de 2018, ante la Notaria Segunda del Circuito de Soacha, en la que su primogénita manifestó que tenía 23 años, seguidamente expresó: *"MANIFIESTO EN CALIDAD DE HIJA DEL SEÑOR BARON ROBLES OSCAR QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICO CON C.C 17061905 DE BOGOTA D.C., QUIEN FALLECIO EL 11 DE AGOSTO DE 2012, SE QUE A LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO EL CONVIVIA EN UNION MARITAL DE HECHO, COMPARTIENDO TECHO LECHO Y MESA, CON LA SEÑORA AVELLA ACOSTA BELARMINA IDENTIFICADA CON C.C.23853749 DE PAIPA, TENGO CONOCIMIENTO DE QUE CONVIVIERON POR ESPACIO DE 32 AÑOS HASTA EL 11 DE AGOSTO DE 2012, FECHA DE SU FALLECIMIENTO"*, pero, no entiende esta Sala, como una persona que contaba con 23 años, da fe sobre una convivencia de 32 años, lo que le resta credibilidad.

Idéntica situación ocurre respecto de la manifestación realizada ante Notario, por parte de LIZETH STEFANY FERNANDEZ CANO, dado que afirmó que conoció al pensionado fallecido por espacio de tres años, pero a pesar de ello da fe que el citado señor convivió con la señora BELARMINA AVELLA, desde octubre de 1982 hasta agosto de 2012: *"MANIFIESTO QUE CONOCI DE VISTA TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR OSCAR BARON ROBLES QUIEN EN VIDA DE IDENTIFICO CON C.C. 17061905 DE BOGOTA D.C., HASTA EL 11 DE AGOSTO DE 2012, FECHA DE SU FALLECIMIENTO, POR ESPACIO DE 03 AÑOS, QUE POR DICHO CONOCIMIENTO SE QUE A LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO ELLA ERA DE ESTADO CIVIL UNION MARITAL DE HECHO, CON LA SEÑORA AVELLA ACOSTA BELARMINA IDENTIFICADA CON C.C. 23853749 DE PAIPA, QUE COMPARTIERON TECHO LECHO Y MESA DE MANERA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA DESDE EL MES DE OCTUBRE DE 1982 HASTA EL 11 DE AGOSTO DE 2012, FECHA EN QUE FALLECIO (29 AÑOS Y 2 MESES DE CONVIVENCIA)"*

Así mismo, la señora LIZETH STEFANY FERNANDEZ CANO, rindió declaración ante el Juzgado de conocimiento, manifestando que solo hasta el año 2009 conoció a la señora BELARMINA: *"Daniela y yo estudiamos juntas desde el año 2005, pero nos hicimos compañera, pues amigas desde el año 2009, pues en ese mismo año conocí a la mamá de ella, también fue convidada varias veces a su casa"* y que antes del año 2009, no visitó la casa de habitación de la señora AVELLA. Luego a esta testigo no le consta la convivencia de la pareja en mención por el tiempo que exige la norma, como quiera que solo conoció el núcleo familiar de la señora AVELLA, por espacio de tres años.

Respecto de la declaración rendida por FERNANDEZ CANO, se debe precisar que no se encontraron circunstancias que afectaran su credibilidad o imparcialidad, conforme lo estipulo el artículo 211 del C.G.P.

Adicionalmente en el trámite de la primera Instancia, se escuchó el día 11 de junio de 2021 el testimonio de la señora GLORIA HERNANDEZ, quien dijo conocer a la demandante BELARMINA AVELLA, por 17 años, tiempo durante el cual le consta que convivió con el pensionado, sin precisar fecha; sin embargo en la declaración extra juicio rendida ante notario, el día 3 de agosto de 2018, enunció también conocer a la accionante "hace" 17 años, es decir, no entiende esta Sala como un testigo puede afirmar en una diligencia judicial y extra judicial, conocer por el mismo tiempo a la señora AVELLA, cuando fueron rendida en periodos totalmente diferentes, lo que desde el principio le resta certeza a su manifestación. Agregando que la testigo, ante notario si fue clara en señalar que la demandante BELARMINA AVELLA, convivió con el señor BARON, por espacio de 32 años: *"MANIFESTAMOS QUE CONOCIMOS DE VISTA TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR BARON ROBLES OSCAR, QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICÓ CON C.C. 17061905 DE BOGOTA D.C., HASTA EL 11 DE AGOSTO DE 2012, FECHA DE SU FALLECIMIENTO, POR ESPACIO DE 17 Y 4 AÑOS, RESPECTIVAMENTE, QUE POR DICHO CONOCIMIENTO SABEMOS QUE A LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO EL CONVIVÍA EN UNIÓN MARITAL DE HECHO, COMPARTIENDO TECHO LECHO Y MESA CON LA SEÑORA AVELLA ACOSTA BELARMINA IDENTIFICADA CON C.C. 23853749 DE PAIPA, TENEMOS CONOCIMIENTO DE QUE CONVIVIERON POR ESPACIO DE 32 AÑOS, HASTA EL 11 DE AGOSTO DE 2012."*

A lo anterior se debe indicar que la testigo GLORIA HERNÁNDEZ, al preguntársele si le constaba que el señor BARON vivía con la señora BELARMINA, señaló: *"pues yo creo que si vivía ahí, porque yo lo veía subir con mercado o bajar hacer mandados, siempre lo veía ahí con Daniela y con Alejandro"* seguidamente manifestó, frente a la pregunta si tenía conocimiento que el pensionado pasara la noche en la casa de la señora AVELLA: *"yo le veía por ahí a las ocho de la mañana cuando él llegaba con el desayuno, con el pan con esas cosas, por la tarde volvía y me saludaba por ahí a las tres de la tarde, a las cuatro de la tarde, realmente nunca había un horario exacto que uno se viera con él, pero yo diariamente me veía con don Oscar, porque vuelvo y le digo, yo tengo un local debajo de la entrada de ellos, y siempre me saludaba con don Oscar, siempre, siempre, todos los días lo veía en la mañana o lo veía en la tarde, pero siempre me lo saludaba, porque yo trabajo de domingo a domingo en ese local"*

Finalmente, la mentada testigo, aseguró que se imaginaba que el señor BARON y la señora AVELLA eran pareja: *"yo me imagino que ellos debieron ser pareja porque el permanecía en el apto"*. Además, preciso: *"los veía a ellos como pareja, cuando los cumpleaños de Daniela lo vi allá en la reunión allá con Daniela y Belarmina,*

igualmente cuando subía como con el almuerzo que compraban del almuerzo, yo si los veía subir y bajar, y que tengo un local debajo de ellos y siempre los veía"

De la declaración rendida por la testigo HERNÁNDEZ, no podemos derivar el presupuesto de la convivencia, habida consideración que, no conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la situación entre el pensionado y la señora AVELLA, ya que solo se lo imagina, sumado a que cree que vivía con la accionante porque lo veía subir con mercados, realizando "mandados" y acompañando a sus hijos, pero sin describir situación alguna que dé cuenta de la relación sentimental entre la pareja en mención, más cuando se deduce que la presencia del señor BARON en la vivienda de la señora BELARMINA, obedecía a compromisos como padre, pues la testigo solo hizo relación a ambientes donde interactuaban o compartían papá e hijos.

Luego entonces, de las pruebas reseñadas, considera esta Sala de Decisión que la demandante BELARMINA AVELLA, al alegar la calidad de compañera permanente del causante, tenía que demostrar una convivencia de mínimo cinco años previos al deceso del pensionado, presupuesto que no se encuentra acreditado.

En este orden de ideas, no se equivocó la entidad llamada a juicio, en reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de DANIELA BARON AVELLA, hija del pensionado, en un 50%, tal como se deduce de la Resolución GNR 163118 del 12 de mayo de 2014 (folio 67 expediente acumulado), dado que la señora FIDELIGNA GONZALEZ, probó los presupuestos para tener derecho a la prestación en el porcentaje restante, en su calidad de cónyuge.

Ahora, como quiera que la señora DANIELA BARON, nació el 11 de mayo de 1995 (folio 20 expediente acumulado), contando con 17 años para la fecha en que murió su padre, el derecho le asistía hasta el mismo día y mes del año 2020, cuando cumplió los 25 años, sujeta a la demostración de su condición de estudiante, sin embargo, este presupuesto, según da cuenta el certificación expedida por COLPENSIONES, estuvo vigente hasta enero de 2019, fecha para la cual aún se pagaba la mesada pensional (folio 222 cuaderno principal), sin que se tenga certeza de la fecha hasta la cual se realizó el pago.

En ese orden, a la señora FIDELIGNA GONZALEZ, le asiste el derecho pensional desde el 11 de agosto de 2012 hasta el 11 de mayo de 2020, en un porcentaje del 50%, y a partir del 12 de mayo de 2020, fecha en que la hija del pensionado pierde

el derecho pensional, el mismo se acrecentará en un 100%; advirtiendo que la excepción de prescripción no afectó ninguna mesada pensional, ya que el Acto Administrativo GNR 046607 de 2013, permite evidenciar que la demandante, presentó petición el 18 de octubre de 2012, requerimiento que fue atendido mediante la resolución en mención, negando el derecho pensional, por lo que presentó recurso de reposición y apelación, el último de los cuales fue resuelto mediante Acto Administrativo VPB 26642 de 2015, notificado el 16 de abril de esa misma anualidad, mientras que la acción ordinaria fue radicada en la oficina de reparto el 25 de febrero de 2015 (folio 2 expediente principal).

Lo que indica, que aún cuando la demandante presentó la demanda, antes de que se resolviera el recurso de apelación, lo cierto es, que entre la fecha en que se resolvió el requerimiento presentado por la accionante-5 de abril de 2013 (fecha de notificación de la Resolución GNR 046607 de 2013)-y la calenda en que fue radicada la demanda-16 de abril de 2015-no transcurrió el término trienal de que trata el artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S.

Realizadas las operaciones aritméticas, el retroactivo pensional causado entre el 11 de agosto de 2012 hasta junio de 2021, fecha señalada por el A-quo, se obtiene una suma de \$44.846.940.07:

AÑO	PENSION DE VEJEZ	50% HIJA	50% y 100% CONYUGE	N.º MESADAS	TOTAL
2002	\$ 376.833,00				
2003	\$ 403.173,63				
2004	\$ 429.339,60				
2005	\$ 452.953,27				
2006	\$ 474.921,51				
2007	\$ 496.197,99				
2008	\$ 524.431,66				
2009	\$ 564.655,56				
2010	\$ 575.948,67				
2011	\$ 594.206,25				
2012	\$ 616.370,14	\$ 308.185,07	\$ 308.185,07	5,6	\$ 1.725.836,39
2013	\$ 631.409,57	\$ 315.704,79	\$ 315.704,79	13	\$ 4.104.162,22
2014	\$ 643.658,92	\$ 321.829,46	\$ 321.829,46	13	\$ 4.183.782,97
2015	\$ 667.216,83	\$ 333.608,42	\$ 333.608,42	13	\$ 4.336.909,42
2016	\$ 712.387,41	\$ 356.193,71	\$ 356.193,71	13	\$ 4.630.518,19
2017	\$ 753.349,69	\$ 376.674,85	\$ 376.674,85	13	\$ 4.896.772,99
2018	\$ 784.161,69	\$ 392.080,85	\$ 392.080,85	13	\$ 5.097.051,00
2019	\$ 809.098,03	\$ 404.549,02	\$ 404.549,02	13	\$ 5.259.137,23
2020	\$ 839.843,76	\$ 419.921,88	\$ 419.921,88	(50%) 4,36	\$ 1.830.859,40
2020	\$ 839.843,76	\$ -	\$ 839.843,76	(100%) 8,63	\$ 3.661.718,79
2021	\$ 853.365,24	\$ -	\$ 853.365,24	6	\$ 5.120.191,47

					\$	44.846.940,07
--	--	--	--	--	----	---------------

Cabe precisar, que los anteriores cálculos se efectuaron teniendo en cuenta 13 mesadas, por cuanto el inciso 8. ° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento. (...)

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Con base a lo anterior y en atención a lo enunciado al inicio de esta providencia, referente a que, la pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de un afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad¹, siendo independiente de la pensión de vejez, cuyos requisitos son distintos, pues mientras esta última se causa con edad y semanas cotizadas, aquella con la muerte del afiliado o pensionado, y dado que en el asunto de marras el asegurado falleció el 11 de agosto de 2012, ya no había lugar por virtud del acto legislativo en mención, de conceder la mentada mesada 14, por lo no erró el Juez de Primera instancia en asegurar que los beneficiarios de la pensión, solo tenían derecho a 13 mesadas.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACION.

Sabido es que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por ende, no dependen de la buena o mala fe del deudor.

Ahora, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL14528- 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las

¹ C.S.J sentencia 69788 de 2021

mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones; Sin embargo, en sentencia SL 2609 de 2021, precisó:

“Si bien los intereses moratorios en pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 no son viables cuando se presenta suspensión del trámite por controversia entre los beneficiarios de la prestación hasta tanto se decida judicialmente a quién corresponde, tal decisión administrativa debe estar fundada en una disputa real y verdadera, no meramente eventual ni basada en suposiciones -debe existir una duda razonable acerca de quién es el titular del derecho”

Por lo anterior, no hay lugar a condenar al pago de intereses moratorios, al haber existido en el trámite administrativo dispuesta entre los posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Por lo que ante la absolución de intereses moratorios, hay lugar a condenar tal como lo consideró el Juez de Primera Instancia a la indexación, figura que está definida: *“como un “sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”*²; sin que para su procedencia, se deba analizar la buena o mala fe de la entidad, pues no se trata de una sanción, sino simplemente de un sistema que permite traer a valor presente una suma dineraria, por lo que NO implica un detrimento para la pasiva.

APORTES EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Tenemos frente a los descuentos por aportes al sistema general en salud, que los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, consagran que los pensionados y jubilados tienen la calidad de afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el régimen contributivo. A su vez, el inciso segundo del

² C. CONSTITUCIONAL. Sentencia T-007 de 2013

artículo 143 ibidem, establece que la cotización para salud establecida en el sistema general para los pensionados, está en su totalidad a cargo de éstos, aun cuando no haya hecho uso del servicio.

Adicionalmente, es preciso indicar que de conformidad con los artículos 204, 220 y 221 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones efectuadas por los afiliados al Sistema General de Salud del régimen contributivo, financian la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA y un porcentaje de las mismas -1.5%- se destinan a la subcuenta de solidaridad, y por ende, a los subsidios de los usuarios afiliados según las normas del régimen subsidiado. Igualmente, esas cotizaciones financian la subcuenta de promoción de la salud del FOSYGA, y actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad.

Así mismo, la Corte Constitucional de manera reiterada ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, la connotación de "contribuciones parafiscales", definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio, según lo indicó dicha Corporación entre otras en la sentencia C-430 de 2009.

De conformidad con lo anterior, concluye la Sala que el pensionado debe asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, inclusive desde el momento que ostenta tal calidad, como quiera que su aporte no solo se encuentra destinado a garantizar los beneficios que individualmente le reportan esos servicios, sino que también contribuyen al sostenimiento del régimen contributivo, del régimen subsidiado, de las actividades relacionadas con la promoción de la salud y en general del propio sector de la salud. Además, esa carga que la ley le impone al afiliado de soportar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de pensionado, garantizan los principios orientadores del sistema, como lo son la universalidad y la solidaridad, entendidos como la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida y la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

En conclusión, se tiene que, una vez la demandante adquirió el derecho pensional, debe asumir en su totalidad los aportes al sistema de seguridad social en salud y

en esa medida resulta procedente la orden y autorización impartida por el Juzgado Primigenio.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, prosperó la pretensión principal y sobre la cual se generó la presente controversia, razón suficiente para mantener esta Condena; sin embargo será modificada, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar las costas a favor únicamente de la demandante FIDELIGNA GONZALEZ.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 31 de julio de 2021, para en su lugar **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y COBRO DE LO NO DEBIDO**, respecto de las peticiones reclamadas por la señora BELARMINA AVELLA, según se expuso.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO y QUINTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, en el entendido de **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de las pretensiones planteadas por la señora BELARMINA AVELLA, según se expuso.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, para en su lugar **CONDENAR** a **COLPENSIONES**

a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante **FIDELIGNA GONZALEZ**, a partir del 11 de agosto de 2012 y hasta el 11 de mayo de 2020, en un porcentaje del 50% de la pensión que venía percibiendo el asegurado y desde el 12 de mayo de 2020 y en adelante en un 100%.

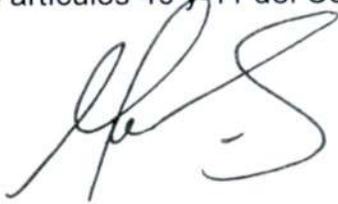
CUARTO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, en el sentido de condenar a **COLPENSIONES** a pagar a favor de **FIDELIGNA GONZALEZ**, por retroactivo pensional generado desde el 11 de agosto de 2012 y hasta el 30 de junio de 2021, la suma de \$44.846.940.07, conforme a lo expuesto precedentemente.

QUINTO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INTANCIA, en el entendido que los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, solo se hará respecto del derecho pensional reconocido a favor de la demandante **FIDELIGNA GONZALEZ**.

SEXTO: CONFIRMAR EN LO DEMAS la sentencia recurrida y consultada.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia. Las de la primera instancia se modifican, en el entendido de condenar a **COLPENSIONES** a pagar las costas a favor únicamente de la demandante **FIDELIGNA GONZALEZ**.

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. 11001310501720150013901)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501720150013901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720150013901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 017-2013-00456-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: IRASEMA ESTHER PONSON DURAN
DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ
ARL COLMENA S.A.
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA PARTE
DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Parte demandada –COLMENA SEGUROS S.A.- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora IRASEMA ESTHER PONSON DURAN instauró demanda ordinaria laboral contra la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ y COLMENA SEGUROS S.A., esta última vinculada en calidad de Litis consorte necesario, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

1. **REVOCAR** el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, que determinó que las patologías que padecía eran de origen común, para que en su lugar sean calificadas como de origen profesional.

La demanda inicialmente fue asignada al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, entidad que mediante auto dictado el 17 de junio de 2013, declaró su falta de competencia y ordenó la remisión del expediente a los Juzgado Laborales del Circuito de Bogotá.

El proceso, fue repartido al Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, autoridad judicial que por proveído del 23 de julio de 2013, ADMITIÓ la demanda, ordenó integrar al contradictorio por pasiva y en calidad de Litis consorte necesario a COLMENA SEGUROS S.A. y corrió traslado a las entidades convocadas a juicio (folio 350 expediente digital).

CONTESTACION DEMANDA

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito (folio 436-460, expediente digital).

RIESGOS PROFESIONALES COLMENA S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA, también contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 379 a 385, del expediente digital.

El Juzgado de origen, a través del auto emitido 03 de septiembre de 2015, tuvo por contestada la demanda, por parte de las entidades demandadas (folio 471)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de septiembre de 2021, **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, y de inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, propuesta por **COLMENA S.A. DECLARÓ** válido el dictamen No. 36553811 del 28 de abril de 2011, proferido por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, que determinó que las patologías que afectan a la demandante

señora IRASEMA ESTHER PONSÓN DURÁN, son de origen común. **ABSOLVIÓ** a las demandadas **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.**, vinculada como Litisconsorte Necesaria por Pasiva, de todas las pretensiones incoadas en su contra. **CONDENÓ** en costas a la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66 del CPT y de la SS-principio de consonancia, la Sala examinará si hay lugar a variar el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 28 de abril de 2011.

En esta instancia se encuentra probado que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Magdalena, estudio las patologías que padece la demandante, denominadas SINDROME DE TUNEL CARPIANO Y TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL, calificándolas mediante dictamen rendido el 30 de septiembre de 2010, como de origen profesional. Inconforme con la decisión adoptada, la ARL COLMENA, presentó recurso de apelación, siendo resuelto por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION, modificando la decisión y catalogando las enfermedades de la accionante como de origen COMUN.

Ahora, para resolver el anterior cuestionamiento, en primer lugar se precisa que el Decreto 1295 de 1994 en su artículo 11, definió inicialmente que se debía entender por enfermedad profesional. Sin embargo, en la sentencia C-1155 de 2008, la Corte consideró que el Gobierno había excedido las competencias extraordinarias conferidas por el legislador "*para organizar la administración*" del sistema previsto en el artículo 139, numeral 11 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la declaró inexecutable, empero la Corte dejó "*establecido que de acuerdo con su línea jurisprudencial, debe revivir el ordenamiento jurídico anterior con sus modificaciones, esto es en relación al concepto de enfermedad profesional. Así las cosas, la presente declaración de inexecutable revive el artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo.*"

Al remitirnos al artículo 200 del C.S.T, podemos establecer que la enfermedad profesional, es: *“todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.”*

Por otra parte, si bien el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 definió el concepto de enfermedad laboral, lo cierto es, que éste precepto jurídico no aplica al caso objeto de análisis, como quiera que su expedición fue con posterioridad a la fecha en que fue emitido el dictamen-28 de abril de 2011-

Con base a lo anterior, y dado que la demandante aduce que las enfermedades que padece, deben catalogarse como de origen profesional, entre tanto las entidades demandadas consideran que no se le debe dar dicha connotación, pasa a resolverse el problema jurídico planteado.

En primer lugar, ha de recordarse que el artículo 61 del C.P.T y S.S., establece que los jueces de instancia gozan de la libertad de apreciar libremente los medios probatorios, a fin de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decretando y practicando para ello, las pruebas que lo induzcan a hallar la verdad.

La Sala de Casación Laboral en sentencias SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021, preciso que el juez debe apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, empero que ese dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario, y en virtud de las facultades de libre formación del convencimiento y valoración autónoma de la prueba, puede requerir a otra entidad especializada para resolver el conflicto:

“Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Por ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el marco de sus facultades

de valoración probatoria. Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.”

En este orden de ideas, analizado el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación, esta Sala de Decisión, considera que los cuestionamientos formulados por la accionante, esto es, que no se tuvo en cuenta las actividades desarrolladas en su trabajo, no pasaron de ser su apreciación personal, sin soporte factico ni jurídico, como se advierte a continuación:

-la Junta Nacional, explicó en su dictamen que las razones que adoptó para decidir sobre el origen de la enfermedad, se sujetaron a los parámetros establecidos en el artículo 2 y 3 del Decreto 2566 de 2009.

-Así mismo, es posible apreciar que, la Junta Nacional, analizó las labores ejecutadas por la demandante, durante los 31 años de servicios prestados a la Cámara de Comercio: *“auxiliar de registro de documentos por 08 años, secretaria 06 años, archivo y correspondencia 10 años, como auxiliar de registro y caja 9 años, allí digitaba, atendía público, radicaba y manejaba computador.”* Así como su historial clínico: *“Valoración psicológica: Hace 31 años y 5 meses en la Cámara de Comercio, Hace tres años le empezó dolor en mano izquierda, se fue incrementando, consultó y le diagnosticaron el síndrome del túnel carpiano y tenosinovitis de Quervain bilateral. Le operaron la mano izquierda pero no ha presentado mejoría. Descripción que Hace el (la) Trabajador (a) de sus Tareas: inicialmente era auxiliar de registro de documentos (digitaba en máquina mecánica, eléctrica y finalmente en el computador), después fue auxiliar de registro en prendas y cancelación de las mismas (digitación permanente) fue secretaria del departamento de desarrollo, tesis de grado, fue auxiliar de archivo y correspondencia por varios años (abría correspondencia, la registraba y*

distribuía) y finalmente la pusieron como auxiliar de registro y caja hasta agosto de 2010.”

-Adicionalmente al revisar el dictamen de la junta, se evidencia que esta entidad se percató que la patología de la Tenosinovitis radial se presentaba en la mano izquierda “no dominante” y que el síndrome de túnel de carpo, de acuerdo a los resultados electromiograficos presentaba mejoría. Aunado a que la demandante realizaba variadas tareas que le permitían el descanso de los grupos musculares “y el que esta enfermedad en muchos de los casos no tiene etiología conocida, lo que hace imposible que por descarte, como lo pretendió la Junta Regional, se llegue a la conclusión de que se trata de una enfermedad de origen profesional”

De esta forma, se desvirtúa la afirmación realizada por la accionante, referente a que no se tuvo en cuenta el deterioro progresivo que ha tenido, así como las tareas o actividades encomendadas dentro de su trabajo.

Por otra, el Decreto 2566 de 2009, estableció en su artículo 1 la tabla de enfermedades Profesionales en Colombia, sin que incluyera los diagnósticos padecidos por la demandante Síndrome de Túnel de Carpo ni la Tenosinovitis como de origen profesional:

1. Silicosis (Polvo de Sílice):
2. Silicoantracosis (Polvos de carbón y Sílice): .
3. Asbestosis (Polvo de asbesto):
4. Talcosis (Manipulación de polvos de talco):
5. Siderosis (Polvo de óxido de hierro):
6. Baritosis (Polvo de Oxido de bario):
7. Estañosis (Polvo de Oxido de estaño):
8. Calicosis (Polvo de calcio o polvo de caliza):
9. Bisinosis (Polvo de algodón):
10. Bagazosis (Bagazo de caña de azúcar):
11. Enfermedad pulmonar por polvo de cáñamo:
12. Tabacosis (Polvo de tabaco): .
13. Saturnismo (Polvo y sus compuestos):
14. Hidragirismo (Mercurio y sus amalgamas):
15. Enfermedades causadas por el cadmio y sus compuestos:
16. Manganismo (Manganeso y sus compuestos):
17. Cromismo (Cromo y sus compuestos): .
18. Beriliosis (Berilio y sus compuestos):
19. Enfermedades producidas por el Vanadio y sus compuestos:
20. Arsenismo (Arsénico y sus compuestos):
21. Fosforismo (Fósforo y sus compuestos):
22. Fluorosis (Flúor y sus compuestos):
23. Clorismo (Cloro y sus compuestos):
24. Enfermedades producidas por Radiaciones Ionizantes:
25. Enfermedades producidas por Radiaciones infrarrojas (catarata):
26. Enfermedades producidas por Radiaciones ultravioleta (conjutivitis y lesiones de córnea):
27. Enfermedades producidas por iluminación insuficiente:

28. Enfermedades producidas por otros tipos de radiaciones no ionizantes.
29. Sordera profesional:
30. Enfermedades por vibración:
31. Calambre ocupacional de mano o de antebrazo:
32. Enfermedades por bajas temperaturas:
33. Enfermedades por temperaturas altas,
34. Catarata profesional:
35. Síndromes por alteraciones barométricas:
36. Nistagmus de los mineros: Trabajos en minas y túneles.
37. Otras lesiones osteo-musculares y ligamentosas:
38. Enfermedades infecciosas y parasitarias en trabajos con exposición a riesgos biológicos:
39. Enfermedades causadas por sustancias químicas y sus derivados:
40. Asma ocupacional y neumonitis inmunológica.
41. Cáncer de origen ocupacional.
42. Patologías causadas por estrés en el trabajo:

Pese a lo anterior los artículos 2 y 3 ibídem, determinaron que en los casos en que una patología no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como de origen profesional.

Ahora, para establecer la relación causa-efecto, se debe identificar los siguientes presupuestos:

1. La presencia de un factor de riesgo causal ocupacional en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador.
2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo.

De esta forma, se analizó el diagnóstico efectuado por la Dra. Ketty Villanueva Roasles, Medica Laboral, concluyéndose que el puesto de trabajo denominado AUXILIAR DE REGISTRO Y CAJA, consiste en: i) Atención al público, ii) inscripción de nuevos afiliados y iii) cuadro de caja, involucraba un 90% de atención al público y 10% cuadro de caja. Además, en dicha valoración se indicó: *"Las actividades desarrolladas por la funcionaria, no se evidencia que se encuentre expuesta a la vibración, a sobre esfuerzo por parte de esta para la realización de sus actividades, no está expuesta a temperaturas extremas, no hay repetitividad de movimientos. Se considera que es un trabajo SEMICALIFICADO donde el ritmo es impuesto por el trabajo, no requiere capacidad decisoria, requiere entrenamiento previo, requiere conocimientos técnicos básicos"*

La mencionada profesional, arribo a la conclusión que no existían factores de riesgo asociado, consideración que también fue adoptada por la Junta Nacional

de Calificación, sin que dentro del plenario obre prueba diferente de la cual se logre establecer la relación causa-efecto, para de esta forma variar o modificar el dictamen proferido por la entidad demandada, y como quiera que se trata de dictámenes emitidos por personal especializado, los mismos son acogidos por esta Sala.

Adicionalmente, el 05 de octubre de 2015, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito, dispuso oficiar a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, para que a través de su Departamento de Medicina Laboral practicara valoración médica y estableciera el origen de las patologías de la demandante; requerimiento que fue atendido por la Institución educativa, informado que el usuario debía consignar unos honorarios, sumado a que debía aportar unos evaluaciones por parte de ortopedia, fisioterapia y reumatología, y pese a los múltiples requerimientos efectuados a la accionante, por el Juzgado de origen, no atendió sus obligaciones, conllevando a que el Juzgado de Primera Instancia, por auto del 17 enero de 2020, declarará precluido el término para la práctica del dictamen (folios 491, 501 y 589).

Con base a lo anterior, se concluye que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación, pues este se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la enfermedad diagnosticada, y en los análisis realizados por los médicos tratantes, puesto de trabajo e historia clínica, más cuando las enfermedades padecidas por la accionante, no estaban encuadradas como de origen profesional, sin que hubiese demostrado la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas.

Sin costas en este 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 06 de septiembre de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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

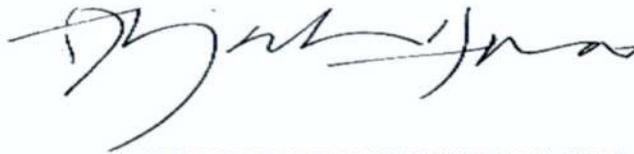
Ponente

(Rad. 11001310501720130045601)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501720130045601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720130045601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 009-2018-00590-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **ORLANDO ANAYA PALLARES**
DEMANDADO: **COLFONDOS, COLPENSIONES, FONDO PASIVO SOCIAL DE
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, ECOPETROL S.A.
Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA -DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Parte demandante y demandada-COLPENSIONES- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 3 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor ORLANDO ANAYA PALLARES instauró demanda ordinaria laboral contra COLFONDOS S.A, debidamente sustentada como aparece de folio 67 a 72 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** la tardanza injustificada en la emisión y pago del Bono pensional, por parte de COLFONDOS S.A.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente, desde la fecha de redención del bono pensional hasta la fecha de expedición del mismo.
2. **CONDENAR** a COLFONDOS a pagar los rendimientos financieros derivados por mora injustificada en el reconocimiento del bono pensional
3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de la indemnización por daño emergente ante los perjuicios ocasionados por la tardanza en el pago del bono pensional.
4. **CONDENAR** a la entidad llamada a juicio a pagar lo adeudado debidamente indexado.
5. COSTAS PROCESALES.

Mediante providencia dictada el 23 de agosto de 2019, el Juzgado de origen ordenó la vinculación del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, COLPENSIONES, FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES Y ECOPETROL** en calidad de Litis consorte necesario (folio 269).

CONTESTACION DEMANDA

COLFONDOS contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 252 a 268 y del auto de fecha de de (folio 115, expediente digital).

COLPENSIONES, también expuso sus argumentos de defensa oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito (folio 267-274). En igual sentido se pronunció el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (folio 287-293), **LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (folio 331-339) y **ECOPETROL S.A.** (Folio 305-308).

El Juzgado de origen mediante auto de fecha 17 de enero de 2020, tuvo por contestada la demanda por parte de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** y **ECOPETROL S.A.** (folio 340) mientras que por proveído del 13

febrero de 2020, tuvo por contestada la demanda por parte de **COLPENSIONES** (Folio 359)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 09° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de marzo de 2021, **ABSOLVIÓ** a las demandadas COLFONDOS S.A. FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES, ECOPETROL S.A., COLPENSIONES y a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante. **DECLARÓ** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido e inexistencia de intereses moratorios e indexación propuestas por la pasiva y **CONDENÓ** en costas al actor.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, rendimientos financieros e indemnización por daño emergente, ante la tardanza en la emisión y redención del bono pensional.

Alega el demandante que la demora injustificada en el pago de la indemnización sustitutiva le generó una afectación económica "*que trajo como consecuencia el que se atrasara en sus obligaciones con respecto a su vivienda familiar.*" Y que dicha tardanza obedeció a que el bono pensional no fue emitido y redimido dentro del término legal para ello.

Así las cosas, tenemos que el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, prevé que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Igualmente, el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 prevé que le corresponde a las entidades administradoras adelantar, por cuenta del afiliado, pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención.

Así mismo, el legislador en el Decreto 1748 de 1995, estableció que tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los requisitos siguientes: a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público; b) vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

Ahora, para que el valor del bono forme parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional.

Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS:

“Cuando la administradora reciba una solicitud de trámite de bono procederá así:

Establecerá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por el afiliado. Dentro del mismo plazo, solicitará a quienes hayan sido empleadores del afiliado, o a las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 en relación con la OBP.

El empleador, caja, fondo o entidad que deba dar certificación, requerido por una administradora para que confirme información laboral que se le envíe, deberá responder en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, los cuales podrán ser prorrogados por el mismo término por la administradora cuando haya una solicitud debidamente justificada. Si la requerida es una entidad pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º. del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con la Ley 200 de 1995.

Una vez concluido el procedimiento anterior, la administradora dará traslado de la información al emisor para que dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono, en la forma que se prevé más adelante.

Una vez conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

Con la citada información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado.

Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

Aprobada la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Mientras que la redención del bono a la a

luz de lo establecido en el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, es la fecha en que el beneficiario del bono cumple 62 años de edad si es hombre, o 60 si es mujer. Finalmente, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario

Frente al tema la Sala de Casación laboral en la sentencia SL-196 de 2019, enunció:

(i) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado dentro de un plazo de 30 días, que se realiza mediante la información que este suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes a Colpensiones.

La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador a Colpensiones se obtiene del archivo masivo reportado por esa entidad a la OBP, el cual hace las veces de certificación expedida por el empleador (art. 48 D. 1748/1995). Ahora, conforme el artículo 5.º del Decreto 3798 de 2003 –cuya vigencia tuvo lugar estando en curso la solicitud de reconocimiento pensional– si su contenido no coincide con la certificación individual del ISS, «prima la certificación individual y el ISS deberá proceder a realizar los ajustes en su archivo laboral masivo».

Es preciso resaltar que dentro de este plazo de 30 días destinado a la integración de la historia laboral, la AFP debe solicitar a los empleadores, cajas, fondos o entidades, la confirmación de la información recopilada, y estas entidades cuentan con 30 días a partir de la fecha en que sean requeridas, prorrogables por otros 30, para confirmar, modificar o negar toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono. La omisión de este deber acarrea sanción disciplinaria si de servidores públicos se trata. En relación con el archivo masivo, este debe ser certificado por el representante legal de Colpensiones.

(ii) Conformada la historia laboral, la administradora de fondos de pensiones, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación provisional de este, efecto para el cual, la OBP utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada o aquella certificada que no haya sido negada, dentro del plazo señalado anteriormente.

(iii) Con esta información, la citada oficina ministerial realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, que se denomina liquidación provisional que, según lo dispone el inciso 9.º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, no constituye una situación jurídica consolidada. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado.

(iv) Realizada la liquidación provisional, la AFP debe dársela a conocer al afiliado para que este la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7.º del Decreto 3798 de 2003 –cuya indebida aplicación censura el recurrente-. Si no está de acuerdo debe explicar a la administradora sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes habrá que realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

(v) Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

(vi) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no

cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez esta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada, como ocurrió en el sub lite.

(vii) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.”

Por otra parte, el artículo Artículo 7º del Decreto 3798 de 2003, determine: *“Plazo para la emisión de bonos pensionales tipo A. La emisión de los bonos pensionales tipo A se realizará dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada, siempre y cuando el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito, por intermedio de la Administradora de Pensiones del Sistema General de Pensiones, su aceptación del valor de la liquidación. Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 y el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998.”*

Entre tanto, el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995, enunció lo siguiente:

“El emisor pagará el bono a su legítimo tenedor dentro del mes siguiente a la fecha en la cual reciba de éste la solicitud de pago en la forma que el emisor haya establecido. Para los bonos tipo A con redención normal no se requiere solicitud y se pagarán dentro del mes siguiente a FR.

Si el emisor o el responsable de cuota parte de un bono no pagaren dentro del plazo establecido en el inciso anterior, reconocerán automáticamente intereses de mora a partir de la fecha límite, a la tasa establecida en el artículo 12.”

Luego de lo anterior, se puede establecer que la norma establece un término de 30 días hábiles siguientes a la solicitud de trámite de bono pensional, para que la AFP elabore la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por el afiliado. Así mismo, 30 días hábiles, para que el empleador caja, fondo o entidad aporte la respectiva certificación laboral, empero el incumplimiento de este último plazo no genera ninguna prestación pecuniaria, sino sanciones disciplinarias, penales o de policía, a cargo del empleador, caja o fondo. Y si bien, el artículo 17 del Decreto 1748 de

1995, prevé unos intereses mora a cargo del emisor, esto solo ocurre cuando transcurre el mes siguiente a la fecha en la cual recibió la solicitud de pago, que en el caso de BONOS TIPO A con redención normal, sería dentro del mes siguiente a fecha de redención.

Hechas esta precisiones, y al analizar el asunto de marras encontramos que el 12 de septiembre de 2011, Colfondos envió comunicado al demandante, manifestándole que recibió la solicitud de emisión del bono pensional pero que la misma no había sido procesada ante la OBP, en la medida que, la historia laboral enviada fue firmada de manera incorrecta. A su vez le indicaron que ya contaba con la información actualizada por parte del ISS, requiriendo al afiliado, para que suscribiera una serie de documentos, como señal de aceptación, frente a la información contenida en la historia laboral (folio 139)

Los documentos solicitados fueron diligenciados por el demandante y radicados el 18 de octubre de 2011 ante la demandada, tal como se evidencia a *folio 140*, procediendo COLFONDOS S.A., a darle el trámite correspondiente ante la Oficina de Bonos Pensionales el Ministerio de Hacienda, entidad que inició el proceso correspondiente el 02 de noviembre de 2011 *folio 141 a 146*.

Por otra parte el ente Ministerial, requirió a ECOPETROL, el 10 de noviembre de 2011, para el reconocimiento de cuota parte, entidad que a su vez remitió escrito a COLFONDOS, con fecha 15 de diciembre de 2011, para que entregaran una serie de información del afiliado ORLANDO ANAYA (folio 153). Adicionalmente, COLFONDOS mediante comunicado del 18 de enero del 2012, solicitó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales gestionar el reconocimiento de la cuota parte que le correspondió dentro del bono pensional de que era titular el demandante y en la misma fecha, envió comunicado al afiliado solicitando aportar el registro civil de nacimiento para continuar con el trámite de emisión de la cuota parte del bono pensional, documento que fue radicado por el actor el 03 de febrero del 2012 *folio 154-156*.

El 02 de mayo de 2012, Ecopetrol emite comunicado de reconocimiento de bono pensional especificando el valor, la fecha y la modalidad del bono (*folio 169*), pero pese a lo anterior el 28 de mayo de 2012, el fondo de pensiones requiere a ECOPETROL, porque en su base de datos no se registra el reconocimiento de cuota parte. (Folio 165). Entidad esta última que respondió la solicitud,

manifestando: *"adicionalmente el 4 de mayo de 2012 se procedió a realizar el respectivo registro en el sistema de la OBP"*

El 25 de junio de 2012, Colfondos emite comunicado al demandante, a través del cual le informa, que el 01 de noviembre de 2011, solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales la emisión del bono y que la Nación contaba con un término de tres meses, siempre que las entidades contribuyentes reconocieran la cuota parte que les correspondía, además le indicaron que tanto la OBP como Colfondos, requirieron a las entidades participantes-*ISS, ECOPETROL Y FONDO PASIVO SOCIAL-* para que procedieran a reconocer la cuota parte, sin obtener respuesta (*folio 168*).

El 05 de julio del 2012, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales elabora escrito indicando: *"Para todos los efectos pertinentes, adjunto remito copia de la Resolución número 3412 de Diciembre 13 de 2011, mediante la cual esta entidad Reconoció (sic) un BONO PENSIONATIPO A, solicitado por esa Sociedad Administradora a favor del señor ORLANDO ANAYA PALLARES, identificado con la C.C. 13879580, por la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$11.763.377.00), liquidado a la fecha de corte Junio 1 de 1999 bono con redención futura. (Folio 174)*

El 31 de julio de 2012, Colfondos solicita ante el ISS, corrección al masivo reportado por la OBP, por no encontrarse registro del periodo comprendido entre mayo de 1996 y marzo de 1997 (*Folio 175*); debido a la anterior eventualidad, Colfondos peticiona el 17 de octubre de 2013, ante Ecopetrol (*folio 178*) y el 24 de octubre de la misma anualidad al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles (*folio 179*), la revocatoria de la resolución y reversión en el reconocimiento del bono pensional en el sistema interactivo para proceder con la actualización de la liquidación del bono y nuevamente para que procedieran a enmarcar por las entidades la redención de este y registró. Solicitud que fue reiterada, el 09 de julio de 2014 (*folio 180*), el 04 de noviembre de 2014 (*folio 181*) y el 05 de diciembre del mismo año (*folio 183*).

Posteriormente, tras adelantar los trámites correspondientes, el día 16 de marzo de 2015, Colfondos le envía nuevamente comunicado al demandante (*folio 187*) adjuntando la última liquidación efectuada por la OBP y requiriéndolo para que procediera a diligenciar unos formatos, en caso de aceptar o estar de acuerdo

con la información de la historia laboral, los cuales fueron radicados el 17 de abril de 2015 (*folio 189 a 204*).

Con la anterior aceptación, COLFONDOS nuevamente procedió a requerir al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles y Ecopetrol (folios 205 y 208), para que expidieran y remitieran la resolución que ordenaba el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional, así como su registro en el sistema interactivo de bonos pensionales.

Por medio de comunicado BON-07519-01-16, COLFONDOS petitionó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el reconocimiento y pago de la cuota parte y por medio de comunicado BON-07518-01-16, solicitó el reconocimiento y pago a Ecopetrol, ambos del 4 de enero de 2016.

El 23 de junio de 2016, El Fondo de Ferrocarriles Nacionales remitió el pago de la cuota parte y el 21 de julio de 2016, por medio de la Resolución n.º15489, la oficina de Bonos Pensiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emitió y ordenó el pago del cupón principal y la cuota parte a cargo de COLPENSIONES, dinero que fue reportado el 2 de agosto de 2016, en la cuenta de ahorro individual del afiliado

Finalmente, tras obtener la autorización por parte del demandante para la devolución de saldos (*folios 213 a 215*) Colfondos consignó el 12 de enero de 2017 la suma de \$77.467.064 y \$6.431.510 el 16 de junio de 2017 (*folio 248*)

Atendiendo las situaciones fácticas narradas, considera la Sala que entre la solicitud de emisión del bono pensional, lo que ocurrió el 12 de septiembre de 2011 y la calenda en que fue pagado el mismo-21 de julio de 2016, transcurrieron más de cuatros años, lo que en principio haría pensar que hubo una demora injustificada en el reconocimiento de la acreencia, empero el emisor del Bono Pensional, no desbordó los tiempo asignados por los preceptos jurídicos enunciados, como pasa a anunciarse:

Si bien la redención del Bono pensional otorgado el actor, ocurrió el 17 de noviembre de 2013, fecha en que cumplió los 62 años de edad, teniendo el emisor, un mes para su pago contados a partir de la calenda mencionada, lo cierto es, que ello no fue posible, porque previamente se requería la emisión, y para esta actuación, necesariamente las entidades que participaban dentro del

bono pensional, bien sea como empleadores y/o contribuyentes, debían certificar la información laboral del asegurado y en el caso de los cuotapartistas a reconocer y pagar los cupones a cargo.

En el caso del demandante el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES, solo procedió el 23 de junio de 2016 a remitir el pago de la cuota parte, por lo que el Ente Ministerial, contaba desde esa data con tres meses para la emisión; ocurriendo el pago del bono el 21 de julio de 2016, por lo que es claro que se realizó dentro del tiempo establecido (folio 237). Y si bien esta Sala no desconoce la tardanza, ello obedeció a las diferentes anulaciones del bono, por las novedades que se registraban frente a periodos laborados por el afiliado, cuyo culpabilidad no estuvo en cabeza del Ministerio convocada a juicio, sino de quienes participaban en la conformación de la historia y cuotapartista, cuyas sanciones, son como ya se precisó de carácter disciplinario, mas no pecuniario.

Finalmente frente a la indemnización de perjuicios, cabe precisar que para su procedencia se requería la demostración de ese daño, circunstancia que no ocurrió, pues el demandante se quedó en la afirmación que la demora en el pago de la devolución de saldos generó *“que se atrasara en sus obligaciones con respecto a su vivienda familiar.”*

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para confirmar la sentencia emitida por el Juez de Primera Instancia.

Costas.

Sin costas en este 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 16 de marzo de 2021, por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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. 11001310500920180059001)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500920180059001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500920180059001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 04-2020-00258-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: FERNANDO GALINDO CABEZAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP SKANDIA SA
MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A (LLAMADO EN GARANTÍA)
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por las partes demandadas (PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04° Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandadas Colpensiones y Porvenir SA, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **FERNANDO GALINDO CABEZAS** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A y la AFP SKANDIA S.A debidamente sustentada como aparece a fls. 5 y 6 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

DECLARATIVAS:

1. Declarar que el señor FERNANDO GALINDO CABEZAS fue mal asesorado e informado por parte de la AFP SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en el año 1995 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.
2. Declarar que el señor FERNANDO GALINDO CABEZAS fue mal asesorado e informado por parte de la AFP PORVENIR Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., entre el año 2012 a 2015 con la finalidad de lograr el traslado entre administradoras del mismo régimen pensional.
3. Declarar que la AFP SKANDIA S.A., a través de información no veraz, llevó al demandante a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media.
4. Declarar que no hubo una real asesoría por parte de la AFP PORVENIR S.A ni la AFP SKANDIA S.A., que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría el señor FERNANDO GALINDO CABEZAS, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.
5. Declarar que la AFP SKANDIA y la AFP PORVENIR, generaron una afectación de los derechos pensionales del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS.
6. Declarar que la vulneración al derecho de información por parte de la AFP PORVENIR y la AFP SKANDIA, que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna del señor

FERNANDO GALINDO CABEZAS al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.

7. Declarar que la AFP PORVENIR S.A. y la AFP SKANDIA S.A., vulneraron los principios objetivos contenidos en la ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y, por ende, una vulneración a la vida digna del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS.

8. Declarar la ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS con la AFP SKANDIA S.A., por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio del régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio del régimen pensional al no haber sido clara, completa, comprensible de la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber de consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen durante la permanencia en este.

9. Declarar que al ser ineficaz el traslado inicial de régimen pensional efectuado por SKANDIA S.A., los demás traslados entre administradoras del mismo régimen con la AFP PORVENIR S.A., quedarán viciados por ineficaces.

10. Declarar consecuentemente, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene la AFP SKANDIA con destino a COLPENSIONES, quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo con el Decreto 2013 de 2012.

CONDENATORIAS:

1. Condenar a la AFP SKANDIA S.A., como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a trasladar todos los aportes efectuados por el señor FERNANDO GALINDO CABEZAS junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES.

2. Condenar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A y la AFP SKANDIA S.A., a activar la

afiliación del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS en el régimen de prima media con prestación definida.

3. Condenar a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a aceptar y recibir el traslado de los aportes del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS.

4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (Archivos 8 y 10 del expediente digital), PORVENIR SA (Archivos 12, 18 y 22 del expediente digital) SKANDIA S.A (Archivos 05, 13 y 14 del expediente digital) y MAPFRE SEGUROS (Archivo 15, 17, 24 y 25 del expediente digital), de acuerdo con el auto del 06 de julio de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO 04 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 07 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional de Fernando Galindo Cabezas a la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Skandia S.A., realizada en el año 1995, en consecuencia, **DECLARÓ** que, para todos los efectos legales, el afiliado 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 Fondo de Pensiones y Cesantías Skandia S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. **CONDENÓ** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez se efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. **DECLARÓ** no probadas las

excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS 1** a cargo de las demandadas Skandia y Porvenir S.A. Fijo agencias en derecho por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de Skandia y de medio salario mínimo a cargo de Porvenir. **DECLARÓ** probada la excepción propuesta por Mapfre frente a Skandia S.A., denominada "improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato el seguro previsional de invalidez, vejez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas con vigencia del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018". **COSTAS 2** a cargo de Skandia S.A y a favor de seguros Mapfre, fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SEGUROS PREVISIONALES: El apoderado judicial de la demandada Porvenir S.A., manifiesta que Porvenir al no ser la administradora mediante la cual se realizó este traslado de Régimen Pensional objeto del litigio del presente asunto, únicamente le correspondía brindar una información necesaria, clara y suficiente sobre las características del régimen al cual ya pertenecía el señor demandante y así mismo, afirma que le entregó la información que estaba en cabeza suya para el año 2012.

Igualmente, señala que Porvenir realizó una administración correcta de los dineros y aportes obligatorios del señor demandante, que como consecuencia de ello, se generaron unos rendimientos financieros que hoy en día hacen mucho ostensible la cuenta de ahorro individual del demandante y por tanto considera que en la sentencia de instancia no se tuvo en cuenta que Porvenir ya no posee suma alguna propiedad del señor demandante de la cuenta de ahorro individual que tuvo el demandante con esta entidad. Explica que Porvenir S.A trasladó la totalidad de los recursos hacia la AFP Skandia para el año 2015, oportunidad en la que se le entregaron los dineros correspondientes al demandante y en ningún momento se puede desconocer la correcta gestión de administración que realizó la AFP Porvenir.

Manifiesta que, si bien la figura jurídica que adopta el Despacho es la ineficacia para emitir la sentencia, se debe tener en cuenta que si bien esta figura contempla que el negocio jurídico no se realizó y las cosas se deben retrotraer a su estado inicial, pues en ese entendido Porvenir no estaría

llamada u obligada a realizar esta devolución, como quiera que, si bien se tendrían que devolver los rendimientos financieros y aportes obligatorios, pues afirma que también se debe tener en cuenta que Porvenir descontó estas sumas como quiera que la misma ley 100 de 1993 en su artículo 20 contempla este descuento y no es sino por mandato legal que Porvenir realiza este descuento y en ningún momento se realizó de manera caprichosa. Considera que esta condena afecta directamente el patrimonio de Porvenir S.A, ocasionándole un perjuicio económico, el cual no está en condición de asumir, como quiera que ya no es la actual administradora del fondo de pensiones del aquí demandante.

Por último, señala que también se ha manifestado la Superintendencia Financiera que se deben trasladar estos recursos al tenor de la ley 3995 del año 2008, disposición normativa que contempla las restituciones mutuas que se deban realizar cuando se ordene el traslado de recursos a la luz de la ineficacia o nulidad de un traslado de Régimen pensional. En este entendido consideramos que no existe razón alguna para apartarse de dicha normatividad e incluir conceptos que por razones lógicas Porvenir ya no posee.

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

1. REQUISITOS INEXISTENTES PARA EL MOMENTO DEL TRASLADO:

La apoderada judicial apela la decisión de primera instancia, argumentando que se debe tener en cuenta que el señor Fernando Galindo suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1995 y por ende, la asesoría de afiliación se afectó en vigencia del Decreto 663 de 1993, el cual estableció en el numeral 1 del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones y que de esta manera los afiliados tengan juicios claros y objetivos para escoger las mejores opciones frente a su traslado de régimen.

Por lo anterior, afirma que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no están previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para

interponer recursos, sino que exige además el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

2. VÁLIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN Y ACTOS DE

RELACIONAMIENTO: Expone la apoderada que la Corte Suprema de Justicia otorga un alcance que no corresponde al contenido del Decreto 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, por lo que la simple suscripción del formulario bajo la vigencia de las normas citadas y la información que fue brindada por el asesor comercial del fondo, no son suficientes para afirmar que la afiliación fue válida y libre de vicios del consentimiento.

Así las cosas, para el caso concreto, manifiesta que el demandante firmó el formulario de afiliación en el año de 1995, sin hacer ninguna salvedad en cuanto a la información brindada, así como tampoco fue tachado por la parte en este proceso, por lo que se advirtió una aceptación tácita de las condiciones de afiliación y silencio por lo ratificado, como lo ha indicado la sentencias de la Corte Suprema de Justicia y que además haciendo traslados transversales se ratificó su intención de permanecer en dicho régimen.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 SKANDIA S.A efectuado por el (la) señor (a) FERNANDO GALINDO CABEZAS el día 10 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP SKANDIA S.A le devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuadas al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3.** Y, si es procedente la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales a cargo de la AFP PORVENIR S.A durante el

tiempo en que el señor FERNANDO GALINDO CABEZAS hizo parte de dicha administradora, de la cual se realizó el traslado horizontal.

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, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP SKANDIA S.A el 10 de noviembre de 1995, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1995, posteriormente el 27 de agosto de 2012 solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR, con efectividad a partir del 21 de septiembre de 2012 (fl. 56 del archivo 12 del expediente digital) y finalmente decidió retornar a la AFP SKANDIA el 01 de febrero de 2015, con efectividad a partir del 04 de abril del 2015 (fl. 28 del archivo 05 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 de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

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

fecha 24 de febrero de 2021. **PORVENIR SA** aportó: Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, invitación para re asesoría, respuesta a derecho de petición de fecha 04/06/2013, certificado de afiliación, formulario de afiliación a PORVENIR del 27 de agosto de 2012, copia cédula de ciudadanía del demandante, certificación SIAFP, relación de aportes, concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia y comunicados de prensa. **SKANDIA S.A** aportó: Historia laboral del demandante, formularios de afiliación para los años de 1995 y 2015, estado de cuenta individual, historia de bono pensional, fotocopia de la cédula del demandante, proyección pensional en ambos regímenes a la edad de 55 años, simulación pensional edad 58 años y 62 años. **MAPFRE SEGUROS**, aportó: Copias de las condiciones generales y particulares, copias de las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149, copia del poder que acredita el mandato, copia de la cédula y tarjeta de la apoderada, copia certificado cámara de comercio, copia del representante legal.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de noviembre 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 brindó 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 10 de noviembre 1995, el (la) demandante tenía 704.58 semanas cotizadas (fl. 73 del archivo 05 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 29 de julio de 1962 – fl. 32 del archivo 01 del expediente

digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024. Actualmente ha cotizado más 1.960 semanas (fl.73 archivo 05 del 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 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 les corresponde a las administradoras ser quienes acrediten la asesoría que debieron darle en el momento del traslado de régimen, la cual debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP SKANDIA S.A.

Frente a la inconformidad presentada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A de tener que devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y de seguros previsionales descontados al hoy demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa AFP por haber estado autorizado en la ley el efectuar dichos descuentos; es importante exponer lo dicho por la Corte Suprema en una de sus más recientes sentencias, la SL 1017-2022, en donde fue clara al señalar:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

(...)

Lo anterior por cuanto al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

(...)

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala y frente a la cual debe advertirse que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios

jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás” Negrita fuera de texto

Así pues y dando de paso respuesta al tercer problema jurídico planteado líneas atrás, se evidencia que nuestro Máximo Órgano de Cierre es claro al adoctrinar el por qué deben ser devueltos los gastos de administración que se descontaron en cada una de las Administradoras a las que estuvo afiliado el demandante, y la razón no es otra, que la afectación que tuvo el primer acto jurídico realizado debido a su ineficacia y/o nulidad, es decir, la primera solicitud de traslado al RAIS que se efectuó, de allí que los traslados horizontales posteriores también están afectados por este fenómeno, motivo por el cual, al haberse omitido el deber de brindar una información transparente y oportuna al afiliado en cada uno de sus traslados, todas las AFP que estuvieron involucradas y que descontaron estos emolumentos durante el tiempo de afiliación del señor FERNANDO GALINDO CABEZAS, son responsables de asumir esta consecuencia y devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales a la Administradora del RPM COLPENSIONES.

Respecto de la inconformidad expuesta por la apoderada de Colpensiones al considerar que los requisitos hoy exigidos para probar la asesoría eran inexistentes para el momento del traslado de régimen, es preciso traer a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, en su 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 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(...)
Negrita fuera de texto

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.

Frente al punto de apelación de la apoderada de Colpensiones en el que asevera que el demandante firmó el formulario de afiliación sin hacer ninguna manifestación de inconformidad con la información brindada y que, por tanto, el mismo debe ser tenido como válido, al respecto, debe reiterarse la línea jurisprudencial que ha elaborado la Sala Laboral frente a este punto, fue así como en su sentencia SL-1637 de 2022, expresó:

“(...) el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.” Negrita fuera de texto

Por último, con relación a la inconformidad de Colpensiones frente al hecho de que el demandante si contó con la información suficiente al momento de trasladarse de régimen, lo cual se reflejó en sus posteriores traslados horizontales. Respecto a este punto, es menester citar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia al respecto mediante su sentencia SL1055 de 2022 con radicado 87911 en los siguientes términos:

“(..) En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. **Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión***

en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. Negrita y subrayado fuera de texto

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 y sin más motivos de inconformidad presentados, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el JUZGADO 4 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el día 07 de diciembre de 2021, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **FERNANDO GALINDO CABEZAS** de régimen de prima media a la AFP SKANDIA S.A. el día 10 de noviembre de 1995.

EXCEPCION 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

Por resultar desfavorable los recursos a los apelantes PORVENIR S.A y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlos en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV para cada uno 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 en primera instancia por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de diciembre de 2021.

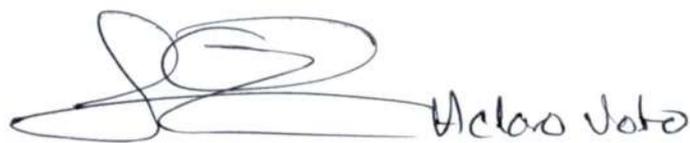
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV para cada una; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 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. 11001310500420200025801)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500420200025801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420200025801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Fernando Galindo Cabezas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**004-2020-00258-01**

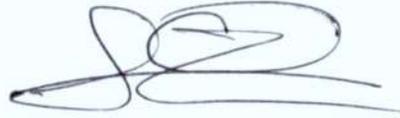
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 005-2020-00336-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE CHALA
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la partes demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Parte demandante como demandada -COLPENSIONES- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 29 de noviembre 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JORGE ENRIQUE CHALA instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital (carpeta 1) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1. CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional generado desde el 12 de diciembre de 2012 hasta el 31 de julio de 2013

2. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar las sumas adeudas, debidamente indexadas.
3. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda tal como se evidencia del escrito que obra a folio 80 del expediente digital (carpeta 1), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito. Así mismo por auto de fecha 29 de septiembre de 2021, el Juzgado de origen tuvo por contestado el libelo inicial (folio 116 carpeta 1).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de octubre de 2021, **DECLARÓ** probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación. **ABSOLVIÓ** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor **JORGE ENRIQUE CHALA** y **CONDENÓ** en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, alegando: *“Mi recurso de apelación está dirigido de la siguiente manera: es claro que al señor Jorge Enrique Chala le fue reconocida la prestación teniendo en cuenta 1422 semanas, cotizadas al sistema de seguridad social, con una tasa de reemplazo del 90%, lo que no fue objeto de discusión en esta proceso; sin embargo, el señor Jorge Enrique Chala, desde el momento de la reclamación de su prestación esto fue en el año 2012 reclama también el retroactivo pensional causado o que considera le era causado desde el 12 de diciembre de 2012 hasta el 1 de agosto de 2013, fecha en la que fue incluido en la nómina de pensionado; sin embargo inexplicamente la Administradora Colombiana de Pensiones, no realiza el pago correspondiente al retroactivo pensional, teniendo que el señor Chala, que hacer diferentes reclamaciones con el fin de que le fuera reconocido ese derecho, y este derecho se mantiene teniendo en cuenta que las mesadas pensionales igual le han seguido siendo reconocidas al señor JORGE ENRIQUE*

CHALA hasta este momento, y de todas maneras la Administradora Colombiana de pensiones, aún sigue sin responder, la petición señalada en relación con lo tocante al retroactivo pensional causado desde el 12 de diciembre de 2012, como ya lo dije anteriormente, también se demuestra dentro del proceso que efectivamente el retiro que ha reclamado en todo momento la Administradora Colombiana de Pensiones, frente al empleador RED LINE CARGO SAS, se realizó el 28 de enero de 2014, es decir, posterior al reconocimiento de la prestación para lo cual la Administradora Colombiana de Pensiones procede hacer la devolución de aporte, que de las cotizaciones posteriores al reconocimiento de la pensión de vejez son producto de la devolución de aportes, que este caso el mes de marzo de 2012 y para ello debe solicitar la devolución de aportes ante la oficina de ingresos y egresos de la vicepresidencia de financiamiento de inversiones diligenciando el formulario devolución de aportes financieros, de acuerdo a esto se puede observar que Colpensiones aceptó que existe un retiro del sistema general de pensiones y a su vez manifiesta que se debe solicitar la devolución de aportes desde marzo de 2012, evidentemente en este caso al demandante le asiste el derecho a reclamar el retroactivo pensional desde el momento que opero el retiro, es decir, desde el 28 de enero de 2014, en el que diviso el retiro con RED LINE CARGO SAS., evidentemente en este caso al demandante le asiste este derecho, pues satisface los presupuesto contenidos en el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, para poder disfrutar de su pensión, caso en el cual Colpensiones efectivamente hace el reconocimiento de una prestación de vejez que le fue posteriormente reliquidada en dos oportunidades, sin embargo no le fue pagado el retroactivo pensional, que siempre este vino a reclamar, por esta razón señora juez presentó mi recurso de apelación, para que se defina lo pertinente ante el Tribunal”

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si la excepción de prescripción afectó el retroactivo pensional solicitado por la parte demandante.

En esta instancia se encuentra probado que el actor nació el 11 de diciembre de 1952 y cotizó al sistema general en pensiones un total 1442.57, entre el 20 de junio de 1974 hasta el 31 de enero de 2014; que mediante Resolución n.ºGNR 191881 del 25 de julio de 2013, Colpensiones concedió pensión de vejez al actor en cuantía de \$662.441 efectiva a partir del 1 de agosto de 2013. Así mismo que

mediante Acto Administrativo GNR 225248 del 18 de junio de 2014, la entidad de seguridad social accedió a la solicitud de Revocatoria Directa presentada por el actor y por ende reconoció la pensión de vejez, a partir del 1 de agosto de 2013, en la suma de \$663.854.

Ahora, pretende la parte accionante el pago del retroactivo pensional generado desde 12 de diciembre de 2012 hasta el 31 de julio de 2013, según lo aclaró en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y S.S., ya que en libelo inicial se enunciaron otras fechas.

La anterior prestación, según lo dispuso el Juez de Primera Instancia, se vio afectada por la prescripción, empero la parte demandante insiste en que tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

Así las cosas tenemos que, los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleador, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

Frente al tema, nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias SL 4222 de 2017 y SL 219 de 2018, expresó:

“En las materias del derecho del trabajo y la seguridad social, sabido es, como ya se recordó por la Corte en la sentencia atrás citada, que son dos los preceptos que de manera general y con el carácter de orden público reglan la prescripción extintiva de la acción o del derecho: los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: el primero, en lo correspondiente a los derechos regulados en ese cuerpo normativo y, el segundo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones que emanan de las leyes sociales. Pero es importante subrayar que ambas disposiciones contemplan una prescripción trienal cuyo término de consolidación empieza a correr desde la ‘exigibilidad’ de la respectiva obligación.”

Por otra parte desde antaño se ha señalado que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión derivadas de los riesgos de invalidez, vejez o muerte, no puede

ser objeto del medio exceptivo de la prescripción, pero si respecto de las mesadas pensionales. La Corte Constitucional en la sentencia SU-567 de 2015, preciso:

“El derecho a la pensión es imprescriptible, mientras que las mesadas pensionales pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos señalados por la ley. De manera que el afectado tiene derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo, puesto que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por simples decisiones de las instituciones administradoras de pensiones, derechos que por lo demás son irrenunciables e imprescriptibles.

Atendiendo los anteriores parámetros, tenemos que en el caso del demandante se encuentra probado, los siguientes supuestos facticos (expediente administrativo):

-Mediante Resolución n.ºGNR 21771 del 14 de diciembre de 2012, Colpensiones negó el derecho pensional al actor.

-El anterior acto administrativo se notificó el 16 de diciembre de 2012, siendo objeto del recurso de reposición por parte del afiliado, manifestando su inconformidad en los siguientes términos:

“1. Revocar parcialmente la Resolución N° GNR 021771 del 14 de diciembre de 2012, mediante la cual se me negó la Pensión De Vejez y en consecuencia solicitó expedir un ACTO ADMINISTRATIVO donde se me reconozca la pensión con todos los factores Salariales devengados durante mi vida laboral.

2. Que se me reconozca mi pensión a partir del 1 de diciembre de 2012, fecha del ultimo aporte realizo (sic) al sistema de seguridad social en pensiones.

3. Igualmente por la demora ocasionada en la reliquidación de mi pensión, solicito se me reconozcan los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”

-El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución N.º191881 del 25 de julio de 2013, revocando el Acto Administrativo anterior, y concediendo la pensión de vejez, en cuantía de \$662.441 efectiva a partir del 1 de agosto de 2013, precisándose que la prestación se otorgaba desde la fecha mencionada, por cuanto la última cotización al sistema se realizó en junio de esa anualidad.

-El 16 de octubre de 2013, el demandante solicitó la revocatoria directa de la Resolución n.º191881 del 25 de julio de 2013, por cuanto consideraba que la pensión debía ser reconocida incluyendo la totalidad de factores salariales, así como el retroactivo pensional, requerimiento que fue atendido por Resolución n.º GNR 225248 del 18 de junio de 2014, accediendo a la revocatoria directa del mencionado acto administrativo, otorgando la prestación desde la misma fecha-1 de agosto de 2013-pero en la suma de \$663.854. Acto notificado el 23 de agosto de 2014.

-El 5 de febrero de 2016, el accionante solicita nuevamente revocar parcialmente las Resoluciones GNR 191881 del 25 de julio de 2013 y GNR 225248 del 18 de junio de 2014, para que en su lugar se reconociera la pensión desde el 12 de diciembre de 2013, reliquidación e intereses moratorios. La entidad se pronunció mediante Acto Administrativo GNR 72008 del 7 de marzo de 2016, notificado el 26 de abril de 2016.

Las pruebas descritas permiten llegar a la misma conclusión determinada por el A-quo, consistente en que la prestación solicitada por el demandante se vio afectada por el fenómeno de la prescripción, ya que el derecho se hizo exigible desde el mismo momento en que fue notificada la Resolución n.º N.º191881 de 2013, mediante la cual se reconoció el derecho pensional, lo que ocurrió el 16 de septiembre de 2013 (folio 5 carpeta 1 expediente digital).

En esa medida, como quiera que la prescripción se puede interrumpir por una sola vez, esta circunstancia se presentó el 16 de octubre de 2013, cuando el asegurado radicó la acción de revocatoria directa contra el anterior acto administrativo, con la finalidad que se reconociera el retroactivo pensional, reliquidación de la pensión e intereses moratorios, requerimiento que fue atendido por Resolución GNR 225248 de 2014, la que fue comunicada al actor el 23 de agosto de 2014.

En este orden de ideas, a partir del 23 de agosto de 2014, el accionante contaba con tres años para presentar la demanda, empero ello solo ocurrió el 7 de octubre de 2020, por lo que transcurrió el termino trienal entre la calenda en que se resolvió la petición que estaba interrumpiendo el citado medio exceptivo y la presentación de la acción ordinaria.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas.

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, 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 las entidades accionadas; 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 19 de octubre de 2021, por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. 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

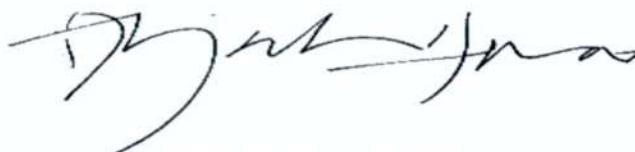
Ponente

(Rad. 11001310500520200033602)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500520200033602)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520200033602)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2019-00633-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: CAMILO ARMANDO SALAZAR LEÓN

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con C.C. 51.713.048 y tarjeta profesional No. 67.612 del Consejo Superior de la

Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir SA, así como Colpensiones presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) CAMILO ARMANDO SALAZAR LEÓN instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5 a 33 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital), con subsanación contenida en el archivo 03 del expediente digital (subsanación demanda 01_10_2020 en el expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Que se declare que es nula la vinculación y traslado del régimen de prima media con prestación definida de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen de ahorro individual solidario (RAIS) de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., toda vez que el fondo de pensiones demandado no proporcionó al demandante una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría a dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras y no lo asesoró en debida forma para que tomara la decisión mas adecuada a sus intereses pensionales, durante todo el tiempo que estuvo vinculado al RAIS.

2. Que en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (antes INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS), la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo

1.746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta cuando se entregue efectivamente.

Condenatorias:

1. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante así:

- Cotizaciones por todo el tiempo de afiliación al RAIS.
- Bonos pensionales, si los hay.
- Sumas adicionales de la aseguradora, si las hay.
- Los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta cuando se entregue la suma efectivamente al régimen de prima media.

2. Condenar a la demandada al pago de las costas en el proceso.

3. Condenar a la demandada a todo lo ultra y extra petita que se pruebe en el curso del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls. 2 a 28 del archivo 10 del expediente digital) y Colpensiones (fls. 2 al 40 del Archivo 07 del expediente digital) de acuerdo al auto del 15 de octubre de 2020. Colpensiones y Porvenir se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 28 de enero de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizada por el señor Camilo Armando Salazar León, identificado con CC No. 19.413.286 a las AFP HORIZONTE, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A. el 16 de febrero de 2001; **CONDENÓ** a la Sociedad Administradora

De Fondos de Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con motivo de la afiliación del demandante el señor CAMILO ARMANDO SALAZAR LEÓN identificado con cédula de ciudadanía No 19.413.286, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado; **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 18 de septiembre de 1984, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante CAMILO ARMANDO SALAZAR LEÓN identificado con cédula de ciudadanía No 19.413.286, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el fallo; **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas; **CONDENÓ** en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. Del deber de información y la capacidad legal para obligarse del demandante.

Manifiesta el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A., que no se valoró que el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, el cual expresaba que el actor hacía constar que expresaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre los aspectos de este, conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993; sostiene que ello no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal y expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, que se presume como una persona capaz para obligarse.

Sumado a lo anterior manifiesta que PORVENIR S.A. siempre le garantizó el derecho al retracto al demandante, indicando que este hecho está probado con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004 conforme lo dispuso el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 sin que el demandante ejerciera dicha facultad y que debió valorarse como una negligencia de su parte.

Argumenta que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba el demandante, definida en sentencia C-341 de 2006 como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los derechos e intereses de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones siempre pues que se respete el orden público y las buenas costumbres.

2. De la devolución de los gastos de administración.

Manifiesta el apoderado de PORVENIR S.A. que el demandante se vinculó con BBVA pensiones y cesantías horizonte SA, en el año 2001, y que mediante escritura pública número 2250 del 26 de diciembre del año 2013, registrada en Cámara de Comercio el 31 de diciembre, se perfeccionó esta fusión por absorción de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS con PORVENIR S.A., que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del código de Comercio, en virtud de esta fusión PORVENIR adquirió bienes y derechos de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS se hizo cargo del pasivo interno. Sostiene que PORVENIR S.A. en la fusión no pudo recibir ni como activos ni como pasivos los gastos de administración de las cuentas de los entonces afiliados a la AFP HORIZONTE.

Sostuvo que el hecho de ordenar la devolución de estos gastos de administración con destino a COLPENSIONES configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta última, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución. Argumenta que de forma clara y sin lugar a interpretaciones el art. 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos; lo que, a su juicio, evidencia que no están destinados a

financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen al afiliado sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para aumentar el capital existente en la cuenta individual del afiliado. Arguye que de ordenar la devolución, debe condenar a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en la cuenta de ahorro individual, ya que así lo ha decantado la sala civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia en tratándose de las restituciones mutuas uno de los efectos jurídicos previstos en el art. 1746 del C.C. en cuanto a la nulidad de un acto jurídico en cuanto que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula, pues está en la obligación de restituirlos, de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la validez de la afiliación al RAIS y del deber del afiliado a informarse sobre el sistema pensional.

La parte demandada COLPENSIONES solicita se revoque el fallo de primera instancia manifestando que la afiliación que realizó el demandante en el año 2001 con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., es plenamente válida toda vez que suscribió formulario de afiliación de forma libre, espontánea y sin presiones conforme a lo establecido en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Sostiene que no se debe acceder a las pretensiones del demandante en la medida que este indicó que no se le suministró información clara, precisa y suficiente sobre las desventajas que traería el cambio de régimen pensional, toda vez que el demandante no se preocupó por informarse sobre su futuro pensional, sino que simplemente dejó a la deriva y solamente se interesó por este hasta el año 2019 cuando lo llamaron del fondo privado a indicarle cómo quedaría su mesada pensional y al ver que no le era tan favorable como la que recibía por parte de COLPENSIONES solicita la ineficacia de su traslado en el año 2001.

Sostiene que se debe tener en cuenta que la honorable Corte Constitucional indica también que es deber de los afiliados demostrar interés sobre su futuro pensional e informarse y solicitar información adicional sobre el mismo; el

demandante manifestó que nunca se acercó a los fondos privados ni al fondo privado ni ante COLPENSIONES a solicitar información adicional, pues en interrogatorio de parte indicó que uno de los motivos para trasladarse del régimen de prima media de ahorro individual con solidaridad fue lo que le dijeron los asesores de que el Seguro Social se iba a acabar, de ello que debió acercarse con posterioridad a COLPENSIONES para solicitar información sobre la sucesión entre administradoras, por tanto, al no hacerlo, dejó a la deriva su derecho pensional.

Adicional a lo anterior, argumenta que el demandante, durante toda su vida laboral, realizó aportes de forma individual en su cuenta de ahorro individual y no ayudó a financiar las pensiones de los demás afiliados del régimen de prima media, por tanto, su ahorro no será suficiente para solventar su pensión al momento en que la solicite, por lo tanto, se tendrá que tomar del dinero o del patrimonio público para poder suplir esa carga pensional.

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 HORIZONTE, efectuado por el (la) señor **Camilo Armando Salazar León** el día 16 de febrero de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 16 de febrero de 2001 con efectividad a partir del 1° de abril de 2001, y dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl.94 de la contestación de la demanda de Porvenir. Archivo 10 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, 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:** escrito de contestación de la demanda en 61 folios. **AFP Porvenir SA aportó:** SIAFP, formulario de afiliación BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías del 16 de febrero de 2001, formulario de afiliación a pensiones voluntarias BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías de 17 de marzo y de abril 24 de 2003, copia de comunicado de prensa en diario El Tiempo, respuesta de la superintendencia financiera del 17 de enero de 2020, relación histórica de movimientos Porvenir, relación de aportes, resumen historia laboral, historia laboral OBP, certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. de 21 de octubre de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de febrero de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto

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

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

Claramente para el momento del traslado 16 de febrero de 2001, el demandante tenía 856,14 semanas (fls. 138 a 142 del Archivo 10 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 25 de junio de 1960 – fl.107 del Archivo 10 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 29 de abril de 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR SA, el demandante había cotizado más de 1783 semanas fl.52 del archivo 03 del expediente digital) 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 HORIZONTE S.A.

Ahora bien, 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 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 que el 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, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), 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, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) 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. (...)”

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del

cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

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)."*

Con relación a lo manifestado por las demandadas que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo 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.

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 señor **Camilo Armando Salazar León** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A el 16 de febrero 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 S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una

de las apelantes 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 28 de enero de 2022 por el juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP PORVENIR 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. 11001310500220190063301)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500220190063301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220190063301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Camilo Armando Salazar León
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-002-2019-00633-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 01-2019-01151-01

Bogotá D.C. mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN
IBARNEGARAY RAMÍREZ**

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

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTES DEMANDADAS
(PROTECCIÓN S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de Apelación Partes demandadas (Protección S.A y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La apoderada de la demandada Colpensiones, y el apoderado del demandante presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor (a) SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fl. 7 del archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad promovida por la AFP PROTECCION a nombre del señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZON IBARNEGARAY RAMIREZ.
2. Que en el evento en que no proceda la declaración de la nulidad de la afiliación, en forma subsidiaria, se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad promovida por la AFP PROTECCION a nombre del señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZON IBARNEGARAY RAMIREZ.
3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, se condene a las demandadas a determinar que el señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZON IBARNEGARAY RAMIREZ, jamás dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con prestación definida.
4. Que en el evento en que proceda la declaración de ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, se condene a las demandadas a determinar que el señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZON IBARNEGARAY RAMIREZ, jamás dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con prestación definida.
5. Que se condene a la administradora de pensiones PROTECCION S.A. AFP en la que figura activo el demandante la devolución a COLPENSIONES de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta.
6. Que se condene a las demandadas al pago de lo que resulte probado extra y ultra petita sobre los hechos discutidos y probados en el presente juicio.

7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 77 a 100 del archivo 01 y archivo 06 del expediente digital) y AFP PROTECCIÓN S.A (fls. 101 a 145 del archivo 01 el expediente digital) aunque esta demandada presentó contestación de forma extemporánea, motivo por el cual se tuvo como no contestada la demanda, de acuerdo al auto del 25 de octubre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO 01 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 01 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. **ORDENÓ** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante. **DECLARÓ** que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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 del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **COSTAS** Sin costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PROTECCIÓN S.A**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: La apelante expone, que con la condena de primera instancia que ordena a Protección devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, más los rendimientos financieros generados y todos los dineros que se encuentran dentro de la cuenta de ahorro individual y adicionalmente lo descontado por gastos de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir unos dineros que ni siquiera son destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Afirma que, el hecho de que se le trasladen los dineros de la cuenta de ahorro individual implica que no solamente se le estén trasladando los aportes, sino unos generosos rendimientos obtenidos durante los años que ha estado afiliado el señor Sergio Eduardo a Protección, pues sostiene, que esta rentabilidad ha sido bastante generosa y Protección tiene derecho a conservar lo que son los gastos de administración.

Lo anterior, afirma, no como un capricho de la AFP, sino que así está dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al SGSSP, pues este mencionado descuento se usa para cubrir la comisión de administración y para pagar la prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes.

2. PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES: Al respecto, manifiesta que estas primas ya fueron giradas a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos. Inclusive, afirma que la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y que 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.

Por otra parte, frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional, la apelante asegura que opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben, de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del código de trabajo en armonía con el artículo 151 del código procesal laboral que establece que en el transcurso 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.

3. RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS POSIBLES POR PARTE DE COLPENSIONES A PROTECCIÓN: Argumenta la apelante que, en caso de confirmar la condena a Protección en cuanto a que Colpensiones solicite estos perjuicios en contra de la AFP por los dineros trasladados y por las sumas que no sean adicionadas, se constituiría un perjuicio a la administradora de pensiones y se estaría omitiendo la promesa de valor que se cumplió durante todos estos años al señor Sergio, la cual fue resguardar sus aportes y generarle una rentabilidad ostensible, tal y como se puede evidenciar dentro del expediente de la demanda, afirma la apoderada.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia en los siguientes términos:

1. PLENA VOLUNTAD DEL COTIZANTE PARA REALIZAR EL TRASLADO: La apoderada judicial de Colpensiones solicita que sea revocada la decisión tomada en primera instancia, atendiendo a que el traslado de los aportes enunciados que fue realizado con anterioridad, se hizo 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 condenar a Colpensiones a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM, teniendo en cuenta que para el caso en particular, la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS.

2. IMPOSIBILIDAD NORMATIVA PARA EFECTUAR EL TRASLADO DE RÉGIMEN: Así mismo, argumenta que el *artículo 2 de la ley 797 de 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, sin embargo, explica que por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1 del Decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltará 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados 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 en cualquier momento.

Ahora bien, sobre la constitucionalidad de las anteriores restricciones, la apoderada judicial trae a colación pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia C-1024 del 2004, cuyo contenido -explica- reprodujo en lo pertinente en la sentencia SU-062 del 2010, en dichos fallos manifestó:

“(...) El objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)”

Expone así mismo, que la conveniencia de pertenecer de un régimen a otro, resulta claro para los casos que ha estudiado la Corte Constitucional, cuando una persona perdía la transición, o para quienes habiendo cumplido uno de los requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en el RPM, o incluso para quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la prestación y en dichas condiciones no se encuentra el demandante, pues para la fecha en que realizó la afiliación al Régimen de ahorro individual a la AFP Protección S.A, le faltaban más de 23 años para cumplir la edad establecida para el acceso a la pensión al RPM.

De lo cual, asegura que le resultaba imposible a la AFP conocer o informar sobre una conveniencia cierta a permanecer a uno u otro régimen pensional, por lo que aduce que no es viable la falta de información alegada por el mismo, toda vez que era imposible para la AFP conocer la información sobre una conveniencia cierta de permanecer a uno u otro régimen pensional.

3. INEXISTENCIA DE REQUISITOS AL MOMENTO DEL TRASLADO:

Ahora, aduce la apelante que en el caso de que la falta de información se hubiere basado en que la AFP demandada no realizó una proyección

pensional del señor Sergio Eduardo del Sagrado Corazón Ibarengaray Ramírez al momento de su traslado, indica, que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento para el momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la ley le daba, sumado a ello, dicha obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados, nació con el Decreto 2071 del 2015, es decir, con posterioridad al traslado del demandante.

Afirma que, como quiera que el monto pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujeto al comportamiento fluctuante de la economía, incierto resultaba establecer un posible monto que le permitiera en ese momento al demandante evaluar cual sería a futuro el régimen más favorable, en esa medida no se puede afirmar que el supuesto silencio de la AFP en estos puntuales aspectos constituye falta al deber de la información.

4. DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE APORTES A COLPENSIONES Y RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS POSIBLES POR PARTE DE COLPENSIONES A PROTECCIÓN: Solicita que, en caso de confirmarse la decisión que ha sido proferida, le sea garantizado a Colpensiones la devolución de todos y cada uno de los dineros que fueron obtenidos como fruto de los aportes realizados por el demandante a la AFP, así mismo, solicita facultar a Colpensiones para que realice el recobro de dineros que sean necesarios al momento de producirse un reconocimiento pensional y que como bien se ha dicho, por no efectuarse las cotizaciones en debida forma, pueden generarse montos que no se encuentran previstos.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A efectuado por el (la) señor (a) SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ el día 29 de enero de 2007; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP ING devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y

consecuencialmente continúe afiliada al RPM. 3. De ser así, si es procedente que Colpensiones pueda obtener por las vías judiciales, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP ING el 29 de enero de 2007 efectivo a partir del 1º de marzo de 2007, posteriormente y debido a la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP PROTECCIÓN a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 132 del archivo 01 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 de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

magnético (archivo 06 del expediente digital) PROTECCIÓN S.A., aportó: historia laboral, histórico de movimientos de la cuenta individual, historia laboral consolidada, certificado SIAFP, resumen histórico emitido por la Oficina de Bonos pensionales, formulario de afiliación de fecha 29 de enero de 2007, respuesta derecho de petición de fecha 13, 15 y 20 de agosto de 2019, copia simple del comunicado de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del 2020, políticos de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de enero de 2007, 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 29 de enero de 2007, el (la) demandante tenía 704.29 semanas cotizadas (fl. 124 del archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 23 de septiembre de 1959 – fl. 34 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, podía pensionarse en el RPM en el año 2021, toda vez que actualmente tiene más de 1.402 semanas cotizadas– según reporte expedido el 14 de septiembre del 2020 (fl.124 archivo 01 del expediente digital)

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 de la inconformidad de la apoderada de Protección SA a la no devolución de los gastos o cuotas de administración, debe traerse a colación pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal enfatizó:

"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)."

Frente a la inconformidad expresada por la apoderada de Protección SA, sobre la devolución a Colpensiones de los emolumentos que tuvieron como destino el cubrimiento de seguros previsionales en Protección SA, es preciso traer a colación la sentencia CSJ SL 3803-2021 en la cual, frente a un caso con condiciones similares, la alta Corporación sostuvo:

*"De ahí que la AFP Porvenir S.A. **está obligada a devolver a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración**, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen."*

Ahora bien, para resolver el tercer problema jurídico planteado en esta providencia, así como los puntos de apelación expuestos por las demandadas, los cuales convergen sobre la declaración que realizó el *a quo*, atinente a la reclamación que por las vías judiciales podrá efectuar Colpensiones sobre el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento en que asuma la obligación pensional del demandante.

Al respecto, esta Sala debe señalar que no encuentra asidero jurídico en dicha declaración por parte del Juez de primera instancia, pues los perjuicios no pueden ser declarados como expectativas futuras, ni abstractas, estos deben ser demostrados en el trámite procesal para poder ser declarados en concreto.

Pues, si bien es cierto que el artículo 50 del código procesal del trabajo y de la seguridad social establece que:

"El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas."

No es menos cierto, que aquellos "posibles perjuicios" no hicieron parte del *petitum* inicial de este asunto y aunque el *A quo* está facultado para fallar *ultra y extra petita* atendiendo a la disposición expuesta en el artículo antes citado, es precisamente

por dichas condiciones que tal declaración no es admisible para esta Sala, no solo porque los “posibles perjuicios” no fueron discutidos, ni debidamente probados en el trámite del proceso, sino también -y sobre todo- porque no es dable que el Juez condene en abstracto sobre hechos futuros que no pueden gozar de una seguridad jurídica que permita su posible reclamación en el futuro.

Por lo anterior, se deberá revocar el numeral cuarto de la providencia que está siendo objeto de apelación, así mismo, se negará la petición elevada por la apoderada judicial de Colpensiones de acoger esta disposición y, en consecuencia, se accederá a la solicitud realizada en el tercer punto del escrito apelante presentado por la apoderada de Protección S.A.

Ahora, respecto de las inconformidades expuestas por la apoderada de Colpensiones, al considerar que los requisitos hoy exigidos para probar una asesoría válida eran inexistentes para el momento del traslado de régimen y que no se probaron vicios en el consentimiento del demandante puesto que el traslado se efectuó con plena voluntad del mismo, es preciso traer a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, en su 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 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(...)*
Negrita fuera de texto

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 último, frente a los argumentos esgrimidos por la apoderada de Colpensiones, los cuales refieren que el demandante no cumple ninguna de las condiciones para acceder a un traslado de régimen -o en este caso, a una ineficacia del traslado- ya que dichas condiciones están expresamente determinadas en la norma que las regula y sustentadas en jurisprudencia de la Corte Constitucional. Frente a este particular, la Corte Suprema de Justicia en sendos pronunciamientos ha explicado cuando procede la ineficacia del traslado, así pues, en la reciente sentencia SL1637-2022 precisó:

“Existe ineficacia de la afiliación cuando: i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado que impida su acceso a la prestación, ii) La simple suscripción del formulario no es suficiente, sino el cotejo con la información dada la cual debe corresponder a la realidad y iii) Las administradoras de fondos de pensiones en los términos del artículo 1604 del CC no allegan prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados en los que conste los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, los cuales, de no ser ciertos, tiene además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993”

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, esto, trayendo a colación lo referido en 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 **REVOCARÁ** el **NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de iniciar por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Así mismo, se **ADICIONARÁ** el **NUMERAL SEGUNDO** de la misma sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ 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 del convocante, tal como se ordenó en el numeral PRIMERO de la misma providencia.

En lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de diciembre de 2021.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de iniciar por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la misma sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES *recibir* de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor SERGIO EDUARDO DEL SAGRADO

CORAZÓN IBARNEGARAY RAMÍREZ 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 del convocante, tal como se ordenó en el numeral PRIMERO de la misma providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de diciembre de 2021.

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

(Rad11001310500120190115101)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500120190115101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500120190115101)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Sergio Eduardo Ibarnegaray Ramírez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**001-2019-01151-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

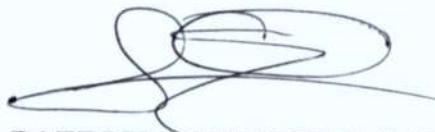
Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, respecto a la revocatoria del numeral cuarto de la decisión confutada, en mi sentir se hacía innecesario efectuar un pronunciamiento expreso, como en esta oportunidad se hizo, puesto que no constituía una verdadera condena sino una alusión a la posibilidad que tendría Colpensiones de obtener por vías judiciales los perjuicios que pudiera sufrir al asumir la obligación pensional del actor, es decir, no se emitió ningún tipo de orden ejecutable, que haga tránsito a cosa juzgada, puesto que no se resolvió de fondo asunto alguno tendiente a establecer la existencia o no de los aducidos perjuicios, que al interior de este trámite procesal no son más que supuestos especulativos sin soporte fáctico o probatorio alguno, siendo esa una posibilidad que ni siquiera tenía que advertirse en las consideraciones, menos aún en la parte resolutive de las decisiones de las instancias, para que pudiera o no llevarse a cabo por la entidad, de considerar soportada jurídica y fácticamente la procedencia de una acción de esa índole, sin que lo resuelto sea conclusivo respecto a ello, y en el mismo sentido, resulta inocua la revocatoria de la decisión, así como la absolución de la entidad, pues en verdad, ninguna orden o condena se había proferido, que ameritara la respectiva decisión de reemplazo.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada