



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 13-2018-00254-01

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: DORIS ÁNGELA LEÓN DE OLAYA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : APELACIÓN PORVENIR SA // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados las demandadas Colpensiones (folio 158-160) y Porvenir SA (folios 153 a 157) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **DORIS ÁNGELA LEÓN DE OLAYA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 27 y 28 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- Declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional con la AFP PORVENIR SA.
- Ordenar el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- Que la AFP PROTECCIÓN SA debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
- Que la AFP PROTECCIÓN SA debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la actora.
- Que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- Que Colpensiones acepte en el sistema de prima media a la demandante, como si nunca hubiera existido el traslado de régimen pensional.

Condenas:

- A la AFP PORVENIR SA a aceptar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional.
- A la AFP PROTECCIÓN SA a ordenar el retorno de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- A la AFP PROTECCIÓN SA a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
- A la AFP PROTECCIÓN SA a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante.
- A Colpensiones a aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- A Colpensiones a aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 46 a 55), PROTECCIÓN SA (fls. 67 a 85) y PORVENIR SA (fls. 95 a 126), de acuerdo al auto visible a folio 127. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 13° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 20 de agosto de 2019, Declaró la ineficacia del traslado de la demandante DORIS ÁNGELA LEÓN DE OLAYA al fondo de pensiones AFP PORVENIR SA a partir del 1° de julio de 2000 y como consecuencia de ello, ordenó a la AFP PROTECCIÓN SA al traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a Colpensiones, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la actora a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales, la única afiliación válida de la demandante al sistema general de pensiones es la realizada con Colpensiones. Costas a cargo de la parte demandada (AFP PORVENIR SA).

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que el acto de afiliación por parte de la demandante fue un acto voluntario y libre, el cual no se encuentra viciado, toda vez que fue realizado sin presiones, y además fue informado, dentro de las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad. Así mismo, se reafirmó la voluntad de permanencia en dicho régimen, con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación en el RAIS, precisando que la demandante tuvo al menos 4 asesorías dentro del RAIS, sin que haya aportado prueba alguna que acredite que el traslado obedeció a un error, o fue inducido por dolo, por lo que en los términos del artículo 1500 del CC las pruebas que obran dentro del proceso no tienen el alcance para viciar el consentimiento. Por otro lado, señala que la demandante también tuvo la oportunidad de retractarse del traslado con la expedición del Decreto 3800 de 2003, brindando la posibilidad de retornar al régimen de prima media, más aun cuando la demandante se encontraba en el margen para quedar inmersa en la prohibición legal del traslado.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) **DORIS ÁNGELA LEÓN DE OLAYA** el día 22 de mayo de 2000 con efectividad a partir del 1º de julio de 2000; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y 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 administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 22 de mayo de 2000, y posteriormente, el 16 de marzo de 2001 se trasladó a la AFP ING, finalmente quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012, con ocasión a una cesión por fusión quedó (fls. 82).

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más

recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 46 a 57), PROTECCIÓN SA (fl. 67 a 85) y PORVENIR SA (fls. 95 a 126). Colpensiones: aportó expediente administrativo, Protección SA: formato de solicitud de afiliación a la AFP Santander SA, historia laboral Protección SA, historia de vinculaciones del SIAFP, respuesta a derecho de petición. Porvenir SA: formato de solicitud de afiliación a la AFP Porvenir SA, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral de Porvenir, respuesta a derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de mayo de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Marleny Serna (fl. 119), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 31,71 semanas cotizadas y 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1959), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 55 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2014 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 86), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a

los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP

PORVENIR SA el 22 de mayo de 2000, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado 13° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501320180025401)



LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501320180025401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501320180025401)