



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2018-00651-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : **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 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2020, 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 (folios 167 a 170), así como de Colpensiones (folio 173 a 179) y Porvenir SA (fls. 150 a 153) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2):

PRETENSIONES PRINCIPALES:

- 1) Declarar la nulidad del traslado de la señora **MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA** del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la AFP Porvenir SA el día 27 de enero de 1997 y con fecha de efectividad el 1° de marzo de 1997; ante la omisión de éste Fondo del deber de información a la demandante, de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente,

adecuada, diligente, prudente y completa, con respecto a la decisión del traslado de régimen pensional, 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 lo anterior, condenar a Porvenir SA a entregar o restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA, como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado, los cuales a la fecha asciende a la suma de \$364.797.854.
- 3) Condenar a Colpensiones a recibir a la señora MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante al RAIS.
- 4) Costas procesales.

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA

- 1) Declarar la ineficacia o inoperancia de los efectos, del traslado de la demandante MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA realizado del RPM al RAIS, en cabeza de Porvenir SA el 27 de enero de 1997, y con fecha de efectividad el 1º de marzo de 1997, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la demandante, al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA

- 1) Declarar la nulidad o ineficacia por la ilegalidad del traslado de la señora MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA del RPM al RAIS, efectuado a la AFP Porvenir SA el 1º de marzo de 1997, por el incumplimiento de los presupuestos de permanencia mínima.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 70 a 77), así como **Porvenir SA** (fls. 104 a 115) de acuerdo al auto visible a folio 93 y 140. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de julio de 2020. **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES y PORVENIR SA, de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas en este caso por la señora MARÍA ÁNGELA CHAMORRO TOQUICA. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de ausencia de causal de ineficacia y/o nulidad de afiliación, absteniéndose el Despacho de cualquier otro tipo de análisis exceptivo. Sin condena en **COSTAS**.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la

demanda, teniendo en cuenta que el Juzgado le da plenos efectos al traslado por la demandante del 27 de enero de 1997, sin que en el proceso se hubiera demostrado el presupuesto para que el acto jurídico de traslado de régimen pensional fuera eficaz, toda vez que dentro del plenario no existe ninguna prueba por la que Porvenir SA hubiese demostrado haber brindado a la demandante información para su traslado, en ese sentido, el Juzgado consideró que ese acto de traslado tenía plenos efectos jurídicos, en Juzgado dejó de observar los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, respecto a la obligación de las administradoras de brindar la información, así como los Arts. 97 Y 98 del Decreto 663 de 1993, respecto de la obligación de demostrar al futuro afiliado las diferentes alternativas en el mercado, en este caso los regímenes pensionales, y haberle informado las ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales existentes, para así decir de conformidad con el Art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, que el traslado fue libre, voluntario e informado. Así mismo, deja de aplicar el Art. 271 de la Ley 100 de 1993, vigentes todos para la fecha del traslado de la demandante, que establece que cualquier forma atentatoria de afiliación, no surte efectos dicha afiliación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Art. 1604 establece la obligación y deber del fondo privado de demostrar haber brindado la información suficiente de los traslados, por lo que se debió haber declarado la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado si brindó la información a la demandante, dicho acto careció de todos los efectos jurídicos desde su nacimiento, ya que careció el presupuesto para su existencia.

Así pues, al no haber nacido a la vida jurídica, y por el hecho de existir unos formularios de afiliación, la demandante no recibió efectivamente la información, pues no ratificó ni mucho menos, fue expresa, toda vez que en ninguno de los formularios de afiliación se dice que tiene voluntad informada, de haber sido informada, ni se dice en los formularios cual fue la información que supuestamente se le dio a la demandante, donde supuestamente ratificaba su ánimo de permanecer en el RAIS, tampoco hay información en los formularios de aportes voluntarios. Tampoco puede decirse que es una subsanación o ratificación de permanencia en el RAIS, pues el acto jurídico primigenio no nació a la vida jurídica, por lo que no es jurídicamente posible ratificarse o subsanarse.

Por otro lado, el Juzgado hace alusión de una aclaración de voto de la H. Corte Suprema de Justicia, cuando lo que aquí lo que tiene que aplicar es el precedente jurisprudencial, aprobado por la mayoría de los Magistrados, y aquí se entiende que es un salvamento de voto que dice que debe mirarse las situaciones particulares del traslado, sin embargo, como se menciona, al Juzgado le competía aplicar el precedente jurisprudencial donde es enfático en señalar que es un deber del juzgador, constatar el deber de información, que se haya cumplido por parte del fondo privado que la trasladó, sin embargo, el Juzgado de primera instancia, se releva de revisar si se cumplió o no con éste presupuesto de información, para revisar aspectos que no deben mirarse dentro de este caso, si se trasladó entre fondos privados, porque esto no es una condición que lleve a considerar si el acto jurídico es eficaz o no, dejando de aplicar numerosas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, y validar con los lineamientos que se adoctrina por el máximo Tribunal, que ha dicho que no es suficiente el formulario de afiliación, y la

carga de demostrar la información brindada al afiliado es del fondo privado, sin que se tenga que acreditar otros requisitos.

Se desprende del fallo de instancia, que al parecer tiene en cuenta pruebas como el formulario de afiliación que se haya mencionado que la demandante tenía como profesión Economista, situación que en nada tiene que ver con el caso bajo examen, ya que las calidades profesionales de la demandante, no podrían negar las pretensiones de la demanda, ya que la profesión no tiene nada que ver con aspectos pensionales, tema de alta complejidad, de manera que no puede concluirse que por su profesión debió haber sabido sobre su traslado.

Llama la atención que el Juzgado hace suposiciones, ya que sin tener plena prueba, declara como no próspera las excepciones de la demanda, pues encuentra que la demandante no estuvo de acuerdo con las aspiraciones que tenía en Colpensiones en cuanto a su mesada pensional, señala que no se entiende el Juzgado como puede concluir que la demandante no cumple con sus aspiraciones.

En ese sentido, debe constatarse si se cumplió o no con el deber de información, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, y no respecto con los salvamentos o aclaraciones de voto, pues de acuerdo con múltiples Sentencias de Tutela, ha mencionado que los Jueces deben cumplir con éste precedente jurisprudencial y no como se hace en la sentencia de instancia, que da aplicación a una aclaración de voto.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA ÁNGELA CHAMORRO el día 27 de enero de 1997; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA, el 27 de enero de 1997, efectiva a partir del 1 de marzo de 1997, posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR SA el 8 de marzo de 2006, efectiva a partir del 1º de octubre de 2006, luego solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA el 29 de febrero de 2008, efectiva a partir del 1 de abril de 2008 y finalmente dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 119).

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

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

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

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

3-Finalmente, se trae 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones** contestó la demanda (fls. 70 a 77), así como **Porvenir SA** (fls. 104 a 115). COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: certificación de vinculación, Formato de vinculación (1997, 2008 y 2006), historial de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, sábana de bono pensional, historia laboral consolidada, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de enero 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)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.

Claramente para el momento del traslado 27 de enero de 1997, la demandante tenía 604 semanas (fl. 133), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 30 años (nació el 02 de noviembre de 1964, fl. 29) y al seguir cotizando al cumplir 57 años de edad en el año 2021, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene actualmente 1.647 semanas – fl. 133), 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, 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.

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 Derly Sierra (fl. 117), 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.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 27 de enero de 1997, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS: Sin **costas** en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado 12º Laboral Del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó al señora MARÍA ÁNGELA CHAMORRO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 27 de enero de 1997, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que

hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

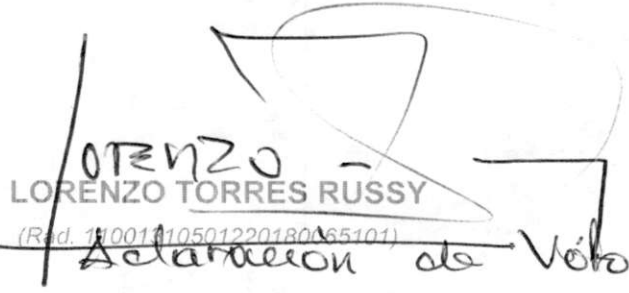
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220180065101)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501220180065101)

Aclaración de Voto



CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ

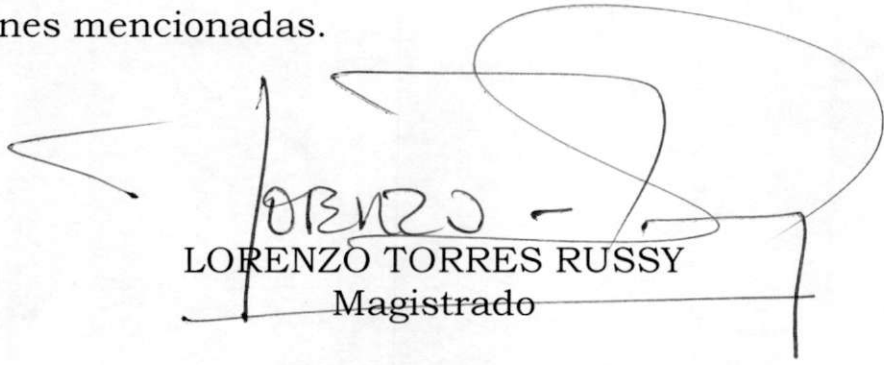
(Rad. 11001310501220180065101)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2018-00688-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ISIDRO GÓMEZ REDONDO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA**
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 221 y 222), así como Colpensiones (folio 225 a 232) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ISIDRO GÓMEZ REDONDO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AF COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- Que la AFP Colpatria hoy Porvenir SA, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
- Que la AFP Colfondos SA, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al

demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

- Declarar nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el señor ISIDRO GÓMEZ REDONDO, inicialmente a la AFP Porvenir SA, por entenderse que la falta de información por parte de éstas vició el consentimiento del demandante.
- Que el señor ISIDRO GÓMEZ REDONDO, se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Condenatorias:

- A Colfondos SA a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
- A Porvenir SA a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
- A Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- A Colpensiones activar la afiliación en pensión del señor ISIDRO GOMEZ REDONDO.
- A Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión del demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: AFP PORVENIR SA (fls. 97 a 136), COLPENSIONES (fls. 139 a 153) y la COLFONDOS SA (fls. 179 a 207) de acuerdo al auto visible a folio 173 y 208. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de junio de 2020, **Absolvió** a COLPENSIONES, PORVENIR SA y a COLFONDOS SA de todas y cada una de las súplicas de la demanda, incoadas en este caso por el señor ISIDRO LUIS GÓMEZ REDONDO. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de ausencia de causal de ineficacia y/o nulidad de la afiliación, absteniéndose el Juzgado de cualquier otro tipo de análisis exceptivo. Sin condena en **costas** en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, se ha tomado la decisión basado en una ratificación de afiliación de fondos, esto es, el traslado dentro del régimen de ahorro individual, incluso, retornado a uno de ellos en una oportunidad, el demandante habría confirmado que su intención era la de permanecer en el régimen de ahorro individual, sin embargo, en este caso se

presenta de acuerdo con las pruebas documentales y el interrogatorio de parte del actor, que no se habría dado en ninguna de éstas afiliaciones el cumplimiento del deber de información, esto es, la única manera de subsanar el problema que generan los fondos habría sido que alguno de ellos, hubiera cumplido con el deber de información, sin embargo, ésta no se presentó, ni se evidenció, ni se acreditó dentro del plenario. De igual manera, a pesar de haber permanecido el actor en varias administradoras de pensiones, ninguna de ellas tuvieron un contacto con el demandante a fin de prestarle asesoría, que faltó en el año 1995 cuando se trasladó de régimen pensional. En ese sentido, teniendo en cuenta que no se acredita asesoría para el actor respecto del traslado de régimen, no es coherente afirmar que hubo una ratificación en su afiliación, cuando el mismo hecho que ha llevado a la inexistencia del acto de afiliación, no ha sido subsanado en ninguna afiliación posterior al inicial que conllevó el traslado de régimen.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) ISIDRO GÓMEZ REDONDO el día 30 de marzo de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, en la Caja de Previsión Municipal de Barrancas (fl. 45), solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, el 30 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 1º de abril de 1995, posteriormente solicitó trasladarse el 1º de julio de 1996 a la AFP Horizonte SA, efectiva a partir del 1 de septiembre de 1996, luego, el 22 de octubre de 2001, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2001. Posteriormente, solicitó trasladarse el 25 de abril de 2002 a la AFP Horizonte, efectiva a partir del 1º de junio de 2002. Finalmente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP Porvenir SA a partir del 1º de enero de 2014 (fl. 109).

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas 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 PORVENIR SA (fls. 97 a 136), COLPENSIONES (fls. 139 a 153) y la Colfondos SA (fls. 179 a 207). Porvenir SA aportó: formato de vinculación (1997 y 2002), historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bonos pensionales, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, comunicados de prensa. Colpensiones aportó: expediente administrativo del demandante. Colfondos SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificación, formato de vinculación (1995, 2001), historia laboral, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de marzo 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)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 30 de marzo de 1995, el demandante tenía 271 semanas (fl. 66 Vto.), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 37 años (nació el 15 de mayo de 1957, fl. 15) y al seguir cotizando como en efecto lo

hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2019 (acredita 1.267 semanas – fl. 67), 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 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, y la mesada pensional sería menor en el RAIS.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

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

Finalmente, en lo relacionado a que el demandante no estuvo afiliado inicialmente al extinto ISS hoy Colpensiones, sino que a la Caja de Previsión Municipal de Barrancas (fl. 45), frente al tema ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adocrinó *“Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían*

a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 30 de marzo de 1995, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

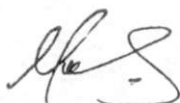
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado 12º Laboral Del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 30 de marzo de 1995, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital

destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220180068801)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501220180068801)

Declaración de voto.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

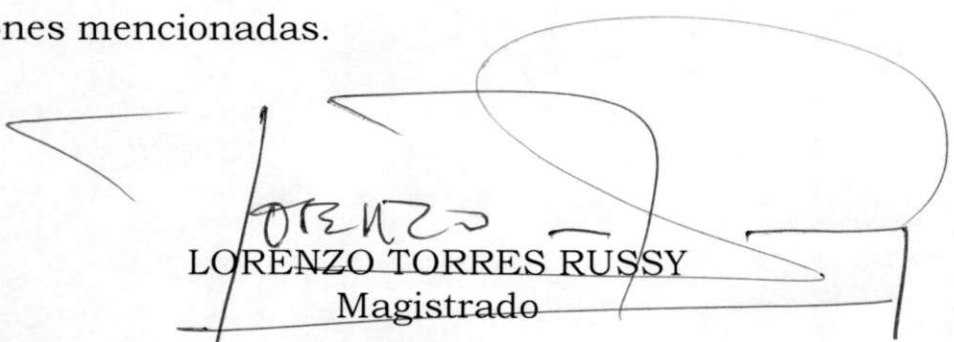
(Rad. 11001310501220180068801)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañé la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2019-00516-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 159), así como Colpensiones (folio 132 a 138) y Porvenir SA (folios 149 y ss.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 vuelto y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con el señor MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS, a cargo de la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

- La nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP Porvenir SA.
- Que para efectos pensionales, continúa afiliado el señor MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrador por Colpensiones, al que pertenecía antes.
- Que para efectos pensionales, el régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Porvenir SA, fondo al que actualmente se encuentra vinculado, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, al que pertenecía antes.

Condenatorias:

- A la AFP Porvenir SA, a que se obligue a tener como nulo o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito por el señor MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir SA.
- Para efectos pensionales, continúa afiliado el señor MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por Colpensiones, al que pertenecía antes.
- A la AFP Porvenir a devolver los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 34 a 50) y AFP PORVENIR SA (fls. 89 a 120 y 122 a 123), de acuerdo al auto visible a folio 121 y 124. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 31 de julio de 2020, **Absolvió** de la totalidad de las pretensiones incoadas por MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS PORVENIR SA. COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de COLPENSIONES y PORVENIR SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, está en desacuerdo en la manifestación efectuada por la Juez de instancia, en el sentido de que el demandante no tomó la decisión de manera clara, pues si bien es cierto

el actor tenía unas dudas y había escuchado algunos comentarios sobre la liquidación del ISS, se acercó a Porvenir SA a clarificar éstas dudas, en donde el mismo asesor de Porvenir le reiteró y le ratificó que el ISS se iba a liquidar, si bien es cierto el boom de la liquidación del ISS venía desde el año 1994, debe tenerse en cuenta que el ISS se liquidó solo hasta el año 2011, por lo tanto en el año 2003, existía la zozobra que el ISS dejaría de existir, y por ende los aportes que tenían los afiliados en ese momento, por lo tanto el actor no tenía claro al momento de trasladarse a Porvenir sobre la situación real de la liquidación del ISS.

Por otro lado, al momento en que el demandante se acercó a Porvenir a esclarecer sus dudas, no le hizo una proyección, o le informó sobre los beneficios, desventajas y consecuencia de cada régimen y su traslado, solo se enfocó en que podía pensionarse antes de cumplir la edad, cosas que es mentira porque el actor cuando fue hacer su trámite para acceder a la pensión le informaron que no se podía porque debía tener previamente un capital específico para lograr pensionarse antes de tiempo, para obtener una pensión de SMLMV, por lo tanto el fondo no le dio una información clara y comprensible para que pudiera tomar una decisión libre y voluntaria, nunca le hicieron el comparativo, por lo que el fondo omitió su deber de información.

Ahora, si bien le hablaron de aportes voluntarios, esto no implica una información suficiente y completa de las condiciones de ése nuevo régimen, sin que se pueda entender que el demandante si conocía las condiciones del nuevo fondo.

Así mismo, debe resaltarse que el demandante tenía una presión por parte de su empleador para que cotizara en salud y pensión en ciertos fondos y EPS, por lo que se acercó a una oficina cerca de Porvenir, reiterando que fueron los mismo asesores quienes insistieron que se cambiara de fondo, ya que el ISS se iba a acabar, tampoco se demostró en el plenario que efectivamente le brindaron una asesoría al actor, una proyección, ni cuadros comparativos, o asesoría técnica o jurídica, no quedando demostrado su deber de información.

Finalmente, si bien el demandante es un profesional en la salud, lo mismo no impide que el fonda deba demostrar que efectivamente le otorgaron la información para trasladarse de régimen pensional, pues el tema de la pensión es un aspecto de alta complejidad que no tienen conocimiento las personas, y por ser médico, no debe entenderse que debe conocer de aspectos jurídicos como el de su pensión.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) MANUEL FERNANDO RIVEROS DUEÑAS el día 28 de noviembre de 2003; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, el 28 de noviembre de 2003, con efectividad a partir del 1º de enero de 2004 (fl. 117).

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

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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. 34 a 50) y AFP PORVENIR SA (fls. 89 a 120 y 122 a 123). Colpensiones aportó: expediente administrativo del demandante. Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formato de vinculación (2003), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de noviembre de 2003, 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) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de noviembre de 2003, el demandante tenía 318 semanas (fl. 14), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 37 años (nació el 30 de enero de 1957, fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2019 (acredita 1.115 semanas – fl. 14), 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 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 28 de noviembre de 2003, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado 31 Laboral Del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 28 de noviembre de 2003, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

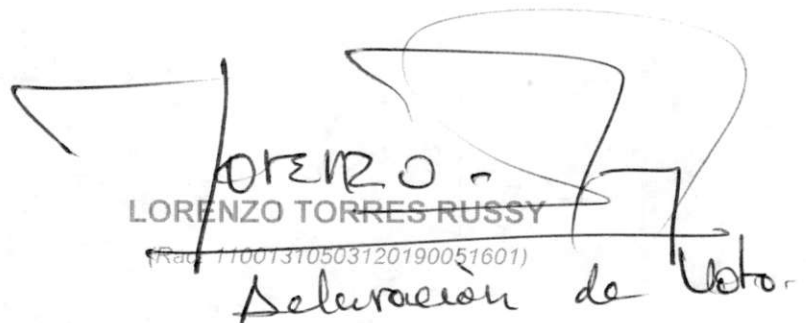
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503120190051601)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503120190051601)
Abstención de voto



CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ

(Rad. 11001310503120190051601)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañé la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los trámites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2019-00003-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCION SA
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDADA (PROTECCIÓN SA Y**
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (folio 241 a 242) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 54 a 56):

PRETENSIONES PRINCIPALES:

- 1) Declarar la nulidad o ineficacia, según quede demostrado, del traslado de la señora **GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por lo que resulta nula, ineficaz la afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA.

- 2) Como consecuencia de lo anterior, declarar que para todos los efectos jurídicos la demandante siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, ya que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no puede producir efectos porque su consentimiento no fue realizado en forma libre y voluntaria, pues se le indujo a error a la señora GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ.
- 3) Ordenar a Protección SA, la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.
- 4) Ordenar a Colpensiones, reactivar la afiliación de la señora GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Protección SA, actualizar y corregir la historia laboral de la demandante.
- 5) Costas procesales.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

- 1) Declarar inexistente el acto mediante el cual la señora GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual administrado por Protección SA, por lo que resulta inexistente la afiliación a Protección SA.
- 2) Declarar que para todos los efectos jurídicos, la señora GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida – Colpensiones.
- 3) Ordenar a Protección SA la devolución a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de Protección SA.
- 4) Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la señora GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Protección SA, actualizar, corregir la historia laboral de la demandante.
- 5) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 103 a 122), así como **Protección SA** (fls. 128 a 136) de acuerdo al auto visible a folio 191. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

En escrito radicado el 14 de noviembre de 2019, la parte demandante presentó reforma de la demanda, modificando el hecho séptimo del libelo original, así como la solicitud de prueba de oficiar para vincular al proceso al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, toda vez que la demandante realizó aportes a dicho Fondo (fls. 164 a 179).

Colpensiones contestó la reforma de la demanda (fls. 192 a 210), así como **Protección SA** (fls. 212) de acuerdo al auto visible a folio 214. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de julio de 2020. **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ** al régimen de ahorro individual el 29 de abril de 1999, fecha de efectividad a partir del 1° de junio de 1999, por intermedio de la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCIÓN SA**, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**. **CONDENÓ** a **Protección SA** a trasladar a **Colpensiones** todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ**, para ello se le concede el término de un (1) mes. **CONDENÓ** a **Colpensiones** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las entidades demandadas. **COSTAS** a cargo de **Protección SA**, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**Protección SA**) presentó recurso de apelación:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a **Porvenir SA**, teniendo en cuenta que cada caso debe estudiarse de manera particular, conforme lo ha adoctrinado la Corte suprema de Justicia, con relación con la obligación de acreditar si hay perjuicios, no circunscribiéndose que se le dio si o no información al afiliado al momento del traslado, señalando que no se encuentra demostrado ningún perjuicio con el traslado de la demandante, que le resulte más beneficioso mantenerse en el **RAIS**, teniendo en cuenta que en los dos regímenes puede recibir una pensión, y en el **RAIS** es más favorable en el **RAIS** que en el **RAPM**. Adicionalmente, parte de las razones por las cuales la Corte Suprema de Justicia sanciona a los fondos de pensiones, en relación a la no autorización del contrato, se circunscribe al hecho de que su derecho pensional, siendo una especie de sanción al fondo correspondiente, situación que no se verifica en el presente caso, por cuanto la demandante no se le afectó ningún derecho pensional, tanto es así que a sus 57 años tiene el capital necesario para pensionarse en el **RAIS**, ni tampoco las semanas necesarias para pensionarse en el **RPM**, razón por la cual no habrá lugar a aplicarse dicha condena, más aún si el Art. 1746 del CC es claro en señalar las consecuencias de las restituciones mutuas, basándose con el traslado de los correspondientes aportes.

La parte demandada (**Colpensiones**) interpuso recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la condena impuesta por la Juez de primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que en la actualidad, en los cuales se fallan las ineficacias del traslado, tal y como se analizó por parte del A Quo, se está aplicando de una manera subjetiva la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias de tutela, en especial una en contra del Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, adoctrino que para apartarse de éste precedente, tan solo es necesario cumplir con los presupuestos de transparencia al momento de argumentar, por lo cual, los jueces no están teniendo en cuenta esto, y están aplicando otras herramientas jurídicas y jurisprudenciales, legales para apartarse de éste precedente. Entiende Colpensiones que existen otros elementos o circunstancias que se deben tener en cuenta al momento de aplicar el precedente, en este caso, como se evidenció no es beneficioso, pues si bien se predica el deber de información a todos los afiliados, como lo manifestó, se pone a probar algo imposible, y algo que se dice de manera verbal, hace más de 20 años, por lo cual si pudo haber existido, pero es imposible de probar, por lo cual, la ausencia de ésta prueba también se está tornando un poco complicado para las administradoras, sin embargo, existe jurisprudencia que hace un llamado a los jueces, a verificar de manera oficiosa los vacíos o lagunas, trayendo a colación la sentencia SL514 de 2010. Es imposible demostrar lo que quieren los jueces, pues no existe porque se hizo de manera verbal. En el presente caso, estamos frente a supuestos, entonces la prueba más o menos idónea que se ha establecido, es una prueba documental o una información dada, o unas proyecciones, que para el momento en que la demandante se trasladó en 1999, nos encontramos frente a supuestos, y para declarar las nulidades se debe demostrar un perjuicio, y la sentencia SU 062 explica del porque la prohibición de trasladarse en los últimos 10 años, circunstancia que no está teniendo en cuenta los Juzgadores, no pueden ser ajenos a esto, afectando la estabilidad financiera de la entidad, se está afectando el sistema, y hasta el mismo afiliado.

La indebida aplicación del Art. 1604 del CC, señala que no se pueden aplicar normas propias del Código Civil, como del régimen de caducidad, pero sí la Corte, haciendo una ruptura al principio de inescindibilidad en el Sistema Pensional, toma éste artículo para un traslado de la prueba, haciendo un indebida aplicación de la norma, debiendo ser reevaluada.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) GLORIA CARMENZA MORALES CRUZ el día 29 de abril de 1999; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y

adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, el 29 de abril de 1999, efectiva a partir del 1 de junio de 1999. Posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la ING a partir del 1 de abril de 2000, y finalmente a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 137).

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

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

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

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

noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, se trae 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 103 a 122), así como PROTECCIÓN SA (fls. 128 a 136). COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante. Protección SA aportó: historial de vinculaciones del SIAFP, Formato

de vinculación (1999), historia laboral, derecho de petición, respuesta derecho de petición, sábana de bonos pensionales, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 29 de abril de 1999, la demandante tenía 420,57 semanas (fl. 154), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 32 años (nació el 13 de febrero de 1962, fl. 17) y al seguir cotizando al año 2019 año en el cual cumplió 55 años de edad, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene 1.083,43 semanas – fl. 154 y ss.), 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, 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.

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 Adriana Hurtado (fl. 138), 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.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 29 de abril de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS:

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 30 de julio de 2020 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190000301)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310502120190000301)

Actuación de Falso



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

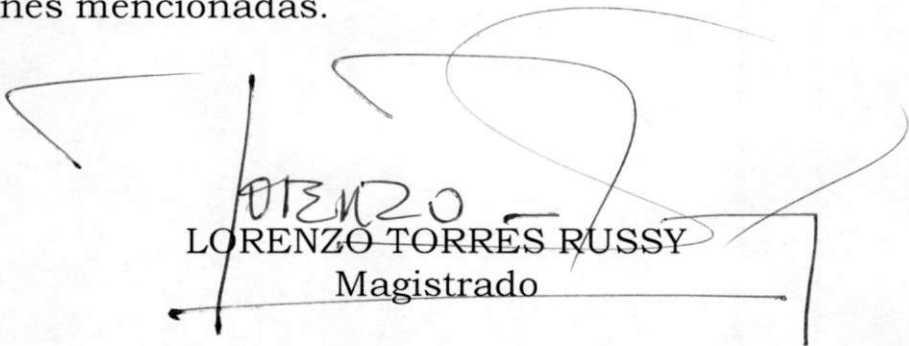
(Rad. 11001310502120190000301)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2018-00623-01

Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARTHA PATRICIA MORA GALINDO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES Y PORVENIR // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de septiembre de 2020, 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 (fls. 215 a 216), así como de Colpensiones (fls. 199 a 201) y Porvenir SA (fls. 195 a 197) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARTHA PATRICIA MORA GALINDO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

- Que el traslado de régimen pensional y la afiliación que existe entre MARTHA PATRICIA MORA GALINDO y PORVENIR SA es nulo y/o ineficaz, por estar viciado el consentimiento de la demandante y por falta de información.

- Que la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA MORA GALINDO con Colpensiones se mantuvo vigente siempre, es decir, que no hubo solución de continuidad en dicha afiliación.
- Que PORVENIR SA debe trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos e intereses que tengan a favor de la demandante con destino a Colpensiones, quien en adelante administrará sus aportes por concepto de pensión.

CONDENATORIAS:

- A PORVENIR SA a trasladar todos los aportes efectuados por la afiliada MARTHA PATRICIA MORA GALINDO, junto con todos sus rendimientos e intereses a Colpensiones, así como los detalles del traslado de aportes.
- A Colpensiones a activar la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA MORA GALINDO, en el régimen de prima media con prestación definida.
- A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de los aportes de la señora MARTHA PATRICIA MORA GALINDO y darle plenos efectos a las nulidades y/o ineficacias declaradas.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 55 a 68) y PORVENIR SA (fls. 104 a 115), de acuerdo al auto visible a folio 94 y 139. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de septiembre de 2020, **DECLARÓ LA NULIDAD** de la afiliación y traslado de la demandante MARTHA PATRICIA MORA GALINDO al régimen de ahorro individual, realizada el 31 de marzo de 2004 a Porvenir SA. **CONDENÓ** a Porvenir SA a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante MARTHA PATRICIA MORA GALINDO y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuestos en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los aportes de la señora MARTHA PATRICIA MORA GALINDO, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados a la demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** (Colpensiones) presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta la prohibición legal, el 22 de julio de 2018, la demandante contaba con 57 años, encontrándose en la prohibición legal del Art. 2 de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible con la sentencia C-1034

de 2004, sin que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición a efectos de que pueda retornar al RPM en cualquier tiempo. Así mismo, no acreditó los vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que este en un vicio del consentimiento consagrado en el Art. 1740 del CC, pues estamos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal a repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y Porvenir SA. Respecto de la carga de la prueba, en el presente caso, no existe prueba que permita acreditar un vicio del consentimiento, para lo cual solicita que se aplique el Art. 167 del CGP, y Art. 1604 del CC, por lo que reitera que con el interrogatorio de parte de la demandante, no hubo una falta de información, que incidiera en la determinación de la actora para trasladarse al RAIS, pues confesó que el simple retorno al ISS lo requerir con la presenta demanda, sin conocer porque, pero en su demanda adujo que fue víctima de engaño por los asesores de Porvenir SA, toda vez que bajo promesas fraudulentas, ofrecimientos de falsos beneficios, ocultar información, no señaló cuales fueron dichas promesas o beneficios falsos, no señaló que información le fue ocultada, además señaló que para el cargo para el año 2004 era de administradora de empresas, como gerente financiera, lo que se corrobora con el afiliación aportado al plenario, es así que la demandante no cumple con los postulados que señaló la H. Corte Suprema de Justicia, es decir, no es una afiliada lego, por el contrario, tenía conocimiento de lo que suscribió para la época de traslado, debiéndose atender el precedente jurisprudencial que contempla las situaciones particulares de cada caso. Sobre el deber de información y la descapitalización del sistema, valga la pena citar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá del 13 de agosto de 2020, Rad. 22-2017-108, en la que se estudió un caso similar al que aquí se ocupa, revocó las condenas impuestas, en razón que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención, constituyéndose un hecho ajeno, en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar, y en consecuencia, ningún daño puede reparar, dicha decisión se tomó con fundamento en que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional, que las condiciones de afiliación a un régimen son un asunto de orden legal y no constitucional, que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta asignada a las instancias administrativas, y que dicha sanción prevista es la multa, y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado haga una nueva, que en virtud del principio de legalidad, no puede aplicarse sanciones, recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos, y por ende no puede aplicarse las normas fraccionadamente, y constituir una tercera que beneficie al accionante, por lo que el artículo 271 en mención impone su aplicación sin fraccionamiento alguno, y hace procedente acudir a estatus distintos como el Código Civil y Código de Comercio, para determinar sus efectos, por lo tanto las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, a quien incurrió en la acción u omisión, en la causación de un perjuicio, en este caso en Porvenir SA, y no en Colpensiones que no intervino en la decisión de la afiliada a trasladarse, ni en la afiliación ni en la poca información invocada. Por ende, de las pruebas aportadas, se observa que la afiliación se realizó para el año 2004, existiendo una ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Colpensiones, porque no participó ni patrocinó el traslado. En caso de confirmar la decisión, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración a que hubiere lugar, debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliada, como quiera que Colpensiones no podrá cumplir el fallo, hasta tanto la AFP remita los recursos. Finalmente, solicita no condenar en costas a Colpensiones.

La **parte demandada** (Porvenir SA) presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico no ha determinado una forma concreta de cómo se debe brindar la información, como tampoco documentar la asesoría brindada, mas que diligenciar el formulario de afiliación, sumado a que las asesorías se realizaban verbalmente, es decir, estaba el deber de información, pero no se exigía que se documentara la asesoría, además, solo fue con desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron nuevas obligaciones, como documentar la asesoría, realizar cuadros comparativos, realizar proyecciones pensionales, por lo anterior no tiene sentido pedir soportes de la asesoría brindada, cuando ésta se hizo de manera verbal y solo se requería de la firma del formulario como manifestación del consentimiento. En conclusión se esta imponiendo a la AFP una carga que es imposible de acreditar, pues solo se cuenta con el formulario de afiliación. Se reprocha la omisión de la demandante de no haber realizado el traslado con anterioridad al RPM o solicitar nuevas asesorías a la AFP, respecto de su vinculación, no realizar el seguimiento pertinente a su cuenta de ahorro individual, tampoco solicitar asesorías al ISS, ni solicitar el traslado al fondo público cuando la Ley le permitía hacerlo, de modo que los afiliados son consumidores financieros, y por lo tanto, la actora debía actuar con mediana diligencia, e informarse sobre su futuro pensional, no se puede pasar por alto que todos los asuntos que regulan el temán pensional se encuentran en la Ley, y debe tenerse en cuenta que la ignorancia de la Ley no es excusa, la falta de conocimiento no se puede invocar para señalar como un vicio del consentimiento. Por lo tanto, no puede descargarse totalmente el deber de información en la AFP, pues tal y como lo dispone la norma, en virtud del principio de igualdad, dicha obligación también recae sobre los afiliados que son los conocedores de su situación particular y concreta sobre las expectativas laborales, que en últimas son las que le permitirá acceder a un mejor derecho pensional, situación que se escapa de conocimiento de las AFP, por lo que se está sometiendo a un imposible jurídico a Porvenir SA, en la medida que se pretende demostrar con formalidades la asesoría brindada, pruebas que no se encontraban vigente para el momento de la afiliación de la demandante a Porvenir SA. También debe tenerse en cuenta que el traslado esta sometido a las normas que rigen el sistema por el cual optó, es decir, está aceptando que en un futuro pudo haberse beneficiado, por lo tanto no puede endilgársele a Porvenir SA que falló en el deber de información, cuando ésta informó sobre las características del régimen, cumplió su deber de información exigido para la época del traslado, y ante un escenario que la mesada pensional fuera superior en el RAIS, no estaríamos en este proceso. En ese sentido, debe respetarse la voluntad de las partes, y darle el valor probatorio que merece el formulario de afiliación, por ser la única prueba que demuestre los requisitos vigentes al momento de la afiliación, por lo que demuestra que la asesoría se brindó y la voluntad expresa del afiliado. Ahora, solicita que en caso en que sea confirmada la sentencia, se excluya de las condenas los gastos de administración, ya que dichas sumas se descuentan por mandato legal, y en este caso, se descontó del periodo que la demandante estuvo afiliada a Porvenir SA, de tal suerte que dichas sumas ya fueron invertidas y no se encuentran en poder de Porvenir SA.

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 JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) MARTHA PATRICIA MORA GALINDO el día 31 de marzo de 2004; 2.- En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 31 de marzo de 2004, efectiva a partir del 1 de mayo de 2004 (fl. 119).

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

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas 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. 55 a 68) y PORVENIR SA (fls. 104 a 115). Colpensiones aportó: reporte de historia laboral de la demandante y expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: certificación de afiliación, formulario de afiliación (2004), historial de afiliación SIAFP, sábana de historia laboral, relación de aportes, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de marzo de 2004, , fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba

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

Claramente para el momento del traslado 31 de marzo de 2004, el demandante tenía 1.102 semanas (fl. 69), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 33 años (nació el 30 de mayo de 1961) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2018 (tiene 1.796 semanas – fl. 24), 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, 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.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, 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.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP PORVENIR SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 31 de marzo de 2004, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

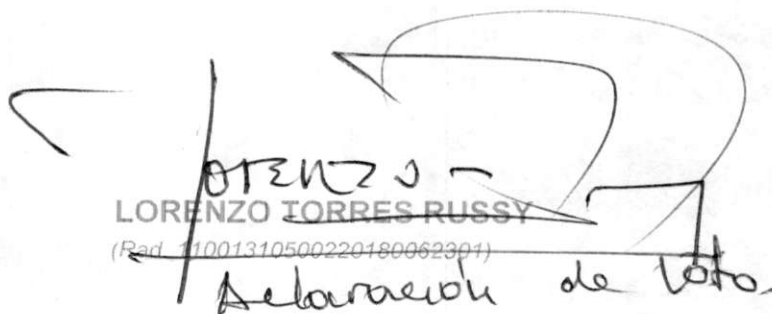
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500220180062301)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500220180062301)
Deliberación de voto



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
(Rad. 11001310500220180062301)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2019-00108-01

Bogotá D.C., Noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: ANA BEATRIZ QUIROGA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN Y
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 469 a 472), así como Colpensiones (folio 456 a 459), la AFP Protección SA (fl. 475 a 477 - 480 a 486) y presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ANA BEATRIZ QUIROGA HERNÁNDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNÁNDEZ del RPM al RAIS, efectuada el 1 de agosto de 1995 a Colpatria hoy Porvenir SA.
- Subsidiaria a la primera, Declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNÁNDEZ del RPM al RAIS a Colpatria hoy Porvenir SA el 1 de agosto de 1995, y en consecuencia, la inoperancia de sus efectos.

- Declarar como afiliación válida al Sistema General de Pensiones de la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ la efectuada al RPM administrador por el ISS hoy Colpensiones.
- Declarar que la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.
- Condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ al RAIS.
- Ordenar a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la señora ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ en el RAIS.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 140 a 147), PROTECCIÓN SA (fls. 174 a 181) y PORVENIR SA (fls. 215 a 221), de acuerdo al auto visible a folio 265 y 233. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2019 se ordenó vincular al OLD MUTUAL SA y a COLFONDOS SA (fl. 235).

La AFP OLD MUTAL contestó la demanda (fls. 290 a 298), así como COLFONDOS (fls. 317), de acuerdo al auto visible a folio 318. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de junio de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** de la afiliación que hiciere la demandante ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ al régimen de ahorro individual que en su caso administró Porvenir SA, para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. **CONDENÓ** a Colpensiones al saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, el acto o negocio jurídico efectuado por la demandante en el año 1995, no son negocios unilaterales, sino que ello genera obligaciones para ambas partes, en atención a la Art. 1495 del CC, igualmente, la demandante, como consumidor financiero, debía asesorarse, y conseguir los medios necesarios para tomar la decisión de traslado de régimen más acertada y no llegar a estas instancias, además de ello SL 2819 de 2019, la Corte ha manifestado que hay afiliación tácita cuando guarda silencio frente a la afiliación, y así mismo la SL1452 de 2019, se ha establecido que no se exonera al afiliado de concurrir con a la información para que se instruya sobre el negocio jurídico que iba a realizar. Por otro lado, se está afectando a Colpensiones sobre un negocio jurídico en el que no tuvo participación e injerencia, así mismo se está atentando en contra del principio de sostenibilidad financiera contenido en la sentencia 1024 de 2004, en la que ha establecido que cuando se efectúan este tipo de traslados, lo que ocurre es que exista una descapitalización del fondo común, de las personas que si han venido cotizando. Así mismo, solicita se tenga en cuenta las afiliaciones

horizontales que efectuaron la demandante y la prohibición en la que ya estaba incurso la demandante establecida en la Ley 797 de 2003.

La **parte demandada (Protección)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección, en lo que respecta al reintegro de los gastos de administración con destino a Colpensiones, fundamentado en la exequibilidad y validez a lo largo del tiempo de la creación de los fondos privados, y con esto de los gastos de administración, teniendo en cuenta que la naturaleza de los gastos de administración tienen sustento en las gestiones administrativas y financieras adelantó Protección, de cara a la capitalización de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dado que hoy por hoy, el saldo que tiene acreditado en su cuenta de ahorro individual, se dan gracias a gestión de la administradora, en ese sentido, los gastos por concepto de gastos de administración, no fueron arbitrarios, sino porque así lo estipuló el legislador para el funcionamiento del RAIS, y en ese sentido, esa carga que tendría que asumir Protección desde su propio patrimonio, son imposiciones que exacerban e imponen cargas a Protección, en ese sentido solicita se absuelva la condena por concepto de retorno de gastos de administración o en su defecto se haga un cruce entre los gastos de administración cobrados, con los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para que se compense la actividad financiera y administrativa que generó Protección SA.

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 JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria SA efectuado por el (la) señor (a) ANA BEATRIZ QUIROGA HERNANDEZ el día 25 de julio de 1995; **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, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria SA, el 25 de julio de 1995, efectiva a partir del 1 de agosto de 1995, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 18 de junio de 1998, a partir del 1 de agosto de 1999, luego solicitó trasladarse a OLD MUTUAL SA el 24 de abril de 2001, efectiva a partir del 1 de junio de 2001, finalmente, el 9 de octubre de 2008 solicitó trasladarse a la AFP Protección SA, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2008 (fl. 201).

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

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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. 140 a 147), PROTECCIÓN SA (fls. 174 a 181) y PORVENIR SA (fls. 215 a 221), OLD MUTAL (fls. 290 a 298) y COLFONDOS (fls. 317). COLPENSIONES aportó: reporte de historia laboral y expediente administrativo. PROTECCIÓN SA aportó: Formato de vinculación (2008), resumen de la cuenta, resumen de historia laboral, información historia laboral, respuesta derecho de petición, sábana bono pensional, formato declaración de ingresos, historial del SIAFP, comunicados de prensa. Porvenir SA: relación de aportes, certificación, formato de afiliación (1995), historial del SIAFP, comunicados de prensa. OLD MUTUAL SA aportó: formato de vinculación (2001), certificación, reporte semanas cotizadas, estado de cuenta Old Mutual. COLFONDOS SA no aportó ninguna prueba.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de julio 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 que obtendría en Colpensiones, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

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

Claramente para el momento del traslado 25 julio 1995, el demandante tenía 506,86 semanas (fl. 190), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 33 años (nació el 12 de julio de 1961, fl. 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, en el año 2018 (acredita 1.654 semanas – fl. 190), 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, 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.

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 regímenes, lo cual no hizo la AFP PROTECCIÓN SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 25 de julio de 1995.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500420190010801)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500420190010801)
Secretaría de Voto



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

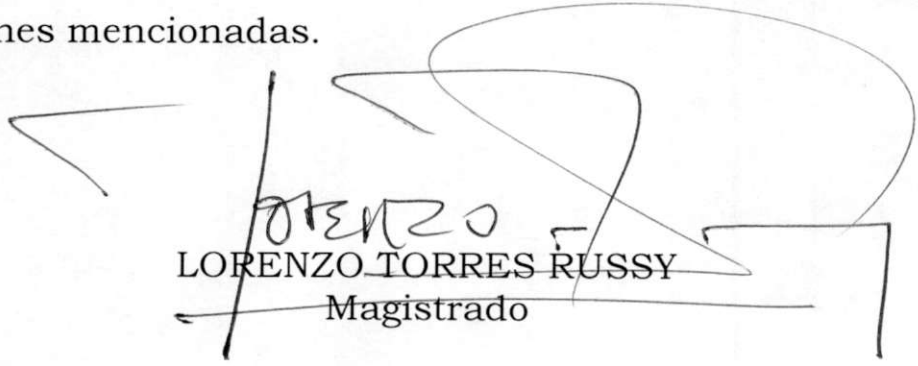
(Rad. 11001310500420190010801)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales obedecí las ordenes de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado