



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 29-2019-00411-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA VICTORIA PINZÓN GÓMEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto 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 demandante (fls. 173 y 174) y Colpensiones (fls. 179 y ss.) 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) MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 73 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- Declarar la nulidad de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ, al RAIS por medio de la cual se trasladó del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.
- Declarar la libertad de la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ, de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de la afiliación a Protección SA.

CONDENATORIAS:

- A Colpensiones a recibir a la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ como afiliada cotizante.

- A Protección SA a liberar de sus bases de datos a la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 106 a 109) y PROTECCIÓN SA (fls. 121 a 165), de acuerdo al auto visible a folio 166. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 31 de agosto de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PINZÓN GÓMEZ realizada ante ING hoy Protección SA el 10 de julio de 1996, con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1996. En consecuencia, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA VICTORIA PINZÓN GÓMEZ, por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir de Protección SA todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Sin **costas** en la instancia.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA VICTORIA PINZÓN GONZÁLEZ el día 10 de julio de 1996; **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 ING SA, el 10 de julio de 1996, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1996, posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 121).

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 minimos 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. 106 a 109) y PROTECCIÓN SA (fls. 121 a 165). Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Protección SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, reporte estado de cuenta Protección SA, respuesta a derecho de petición, resumen historia laboral para bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de julio de 1996, , fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 10 de julio de 1996, el demandante tenía 328 semanas (fl. 9), y para abril de 1994 cuando entro a regir la ley 100/93, tenía 255,28 semanas cotizadas, 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, 34 años (nació el 01 de octubre de 1960, fl. 4) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2015 (tiene 1.099 semanas – fl. 21), 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 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 ING SA el 10 de julio de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS.

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 31 de agosto de 2020 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

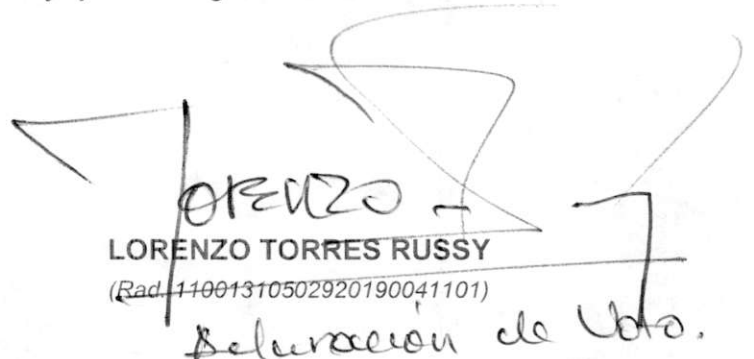
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502920190041101)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310502920190041101)
Salvación de voto.



CLARA LETICIA NINO MARTINEZ
(Rad. 11001310502920190041101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2019-00602-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (fls. 122 y 123) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

La Dra. JOHANA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C No. 38.551.125 de Cali y T.P. 158.999 del C.S.J., en su calidad de apoderada de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sustituye poder a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C No. 37.627.008 de Puente Nacional y T.P. No. 221.228 del C.S.J., para actuar dentro del proceso de la referencia.

En consecuencia, se RECONOCE PERSONERÍA a la citada profesional del derecho, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido (fl. 129)

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA instauró demanda ordinaria laboral contra la COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA el día 5 de febrero de 1996 con la AFP

Protección SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones, y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados a la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Costas procesales.

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN SA (fls. 70 a 76) y COLPENSIONES (fls. 88 a 94), de acuerdo al auto visible a folio 98. Se opuso a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA, el día 5 de febrero de 1996, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección SA, y como consecuencia de lo anterior, **ORDENÓ** a Protección SA, trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media a través de su única administradora Colpensiones, y a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante, y acredite como semanas efectivamente cotizadas dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado dada la declaratoria de ineficacia. **NO** condenar en **costas** a favor ni en contra de ninguna de las partes.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA el día 5 de enero de 1996; **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 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 PROTECCIÓN SA, el 5 de enero de 1996, efectiva a partir del 1 febrero de 1996, posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP ING a partir del 1 de abril de 2000 y finalmente, dada la cesión por fusión con Protección SA quedó afiliada a ésta última a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 87).

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, 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 PROTECCIÓN SA (fls. 70 a 76) y COLPENSIONES (fls. 88 a 94). Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Protección SA aportó: formato de consentimiento informado, la cual no cuenta con una fecha cierta a efectos de determinar que haya sido al momento del traslado, carta dirigida a la demandante, respuesta derecho de petición, historia laboral, historial de afiliación SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de enero de 1996, , fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 5 de enero de 1996, la demandante tenía 47,29 semanas (fl. 81), 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, 36 años (nació el 26 de enero de 1958 – fl. 9) y al seguir cotizando, como en efecto lo ha venido haciendo, al llegar a la edad de pensionarse a los 57 años de edad 2015, (actualmente tiene 1.088,72 semanas – fl. 81), 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 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 5 de enero de 1996, y en consecuencia se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el numeral primero del fallo proferido en primera instancia, en el sentido de que la nulidad de traslado que se declara a partir del 5 de enero de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se 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: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MESA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA hoy PROTECCIÓN SA el 5 de enero de 1996.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

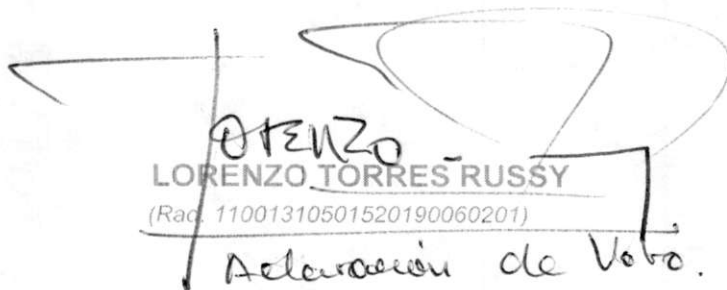
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520190060201)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310501520190060201)
Aclaración de Voto.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
(Rad. 11001310501520190060201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2018-00735-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ**
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 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de agosto 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 144 a 200), así como de Colpensiones (folio 217 y 219) y Porvenir SA (fls. 203 a 208) 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 **VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 7 y 8):

DECLARATIVAS:

- 1) Declarar la nulidad de la afiliación de la señora **VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ**, a Porvenir SA el 26 de julio de 1995, por medio de la cual se trasladó del Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS.
- 2) Declarar la libertad de la señora **VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ** de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de afiliación a la AFP Porvenir SA.

CONDENATORIAS:

- 1) A Colpensiones a recibir a la señora VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ como afiliada cotizante.
- 2) A la AFP Porvenir SA a liberar a de sus bases de datos a la señora VILMA ELENA RAIAN GONZÁLEZ, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- 3) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 64 a 81), así como **Porvenir SA** (fls. 102 a 108) de acuerdo al auto visible a folio 124. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de agosto de 2020. DECLARÓ PROBADOS las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual formulada por Colpensiones y la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones formuladas por Porvenir SA. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV a favor de la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

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

NULIDAD 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 la primera alusión que hace el Juez de primera instancia, es lo concerniente al interrogatorio que hace la demandante, es ahí en donde debe tenerse en cuenta que de manera involuntaria el Juez valoró erróneamente el interrogatorio de parte de la demandante, toda vez que cuando la actora dijo textualmente cuando hace la manifestación que podía retirar sus aportes en cualquier momento, le añadió una palabra que cambia todo "sin ningún tipo de limitación o restricción", esas palabras generan un distanciamiento en la valoración, tal y como lo hizo el Juez de instancia, porque está claro, y es de conocimiento público, en el fondo privado, las personas que no alcancen a tener el valor mínimo de ahorro para acceder a una pensión mínima, al fondo privado le es más conveniente devolver esos aportes, pero esa devolución solo la hace a

las personas que tiene menos de dicho valor, para poder tener la pensión mínimo, situación que no fue la que le manifestaron a la demandante. En el año 1995, era el tiempo donde se estaban estrenando los fondos privados, y poca era la información que se tenía al respecto. Las palabras manifestadas por la demandante "sin ningún tipo de limitación o restricción" cambia el sentido de la frase, porque son características propias del RAIS, el problema es que nunca le manifestaron que para poder tener esa pensión anticipada, tenía que cumplir ciertos requisitos, y a pesar del contra interrogatorio que hace el Juez, la demandante es muy clara en señalar que no le explicaron las características propias para poder acceder a cualquier prestación. Desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, se manifestaron las circunstancias que rodearon el traslado.

Respecto de la liquidación del ISS, situación de conocimiento publica, además de ser real, se manifiesta con la actitud temeraria de los fondos privados que imponen a los posibles afiliados, dolosa y de mala fe que efectuaban los fondos privados, para que la persona se sintiera presionada y firmara el formulario, dejando entrever las cargas desequilibradas entre Porvenir y la demandante, la cual es evidente y muy grande, dejando en desventaja a los afiliados.

Ahora bien, pretende el Juez de instancia, que la parte actora traiga una prueba documental de algo que nunca va a existir, la única prueba es la testimonial, y que fue puesta por la demandante, dejándola en un desequilibrio de las cargas de proporcionalidad que existan.

Solicita que se requiera al Juez de instancia, para que aplique el precedente jurisprudencial, tales como las sentencia, entre otras, SL1452 de 2019 y SL1689 de 2019, y fallos de tutelas, con las que se insta a los Jueces de instancia a que respeten y apliquen la línea jurisprudencial, respetando claramente la independencia que tiene el Juez, basado en argumentos de peso, los cuales no fueron aplicados en el presente asunto, respetando la jerarquía instaurada.

En ese orden, son los fondos privados los que tienen que demostrar la información brindada al afiliado, precisando que el Juez dejó de lado la buena fe de la demandante, toda vez que hizo una interpretación de que la demandante no obró de buena fe, porque manifestó que por ser financiera y tener un estudio de postgrado, deduce y concluye que debe saber de seguridad social, pues bajo gravedad de juramento manifestó ser lego en la materia de su conocimiento, no en temas de seguridad social.

Ahora, la proyección pensional que le hizo Porvenir no puede jugar en contra de la demandante, pues se la hizo hace 4 años, esto es, Noviembre de 2018, cuando la actora se dio cuenta de su realidad pensional, pero dicha proyección no se hizo al momento del traslado de régimen, que es al momento que se debe acreditar la asesoría.

Por otro lado, las pruebas arrojadas por la parte demandante, se logra acreditar que le aplicaron temeridad a la actora, y le dijeron mentiras, pues si bien le dijeron que podía retirar sus aportes si no lograba pensionarse, sin ningún tipo de restricción, dicha circunstancia no es del todo cierto, como se manifestó en precedencia; que se podía pensionar a cualquier edad, esa no es la realidad que sucede en los fondos privados.

Igualmente, no puede perderse de vista que el deber del buen consejo que tienen las administradoras de pensiones no es desarrollo jurisprudencial, sino

que la misma norma se lo imponen, con el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, también dejó de lado el Juez de instancia el principio de transparencia, y no puede basarse únicamente en el formulario de afiliación, pues si bien la demandante lo firmó de forma voluntaria, lo cierto es que lo hizo con ocasión a la información errónea que le indicó el asesor.

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 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) VILMA ELENA RAIAN GONZALEZ el día 26 de julio de 1996; 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 26 de julio de 1996, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1996 (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 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, 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. 64 a 81), así como **Porvenir SA** (fls. 102 a 108). COLPENSIONES aportó: reporte de historia laboral y expediente administrativo. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones del SIAFP, Formato de vinculación (1996), sábana de bono pensional, certificación de afiliación, 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 26 de julio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 26 de julio de 1996, la demandante tenía 495 semanas (fl. 44), 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 5 de mayo de 1962, fl. 30) y al seguir cotizando al cumplir 57 años de edad en el año 2019, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene actualmente 1.168 semanas – fl. 44), 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 Fernando Bautista (fl. 110), 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 PORVENIR SA el 26 de julio de 1996, 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 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 EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 26 de julio de 1996, 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.

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.

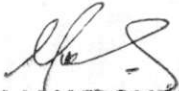
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por el Juzgado 37º 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 26 de julio de 1996, 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.

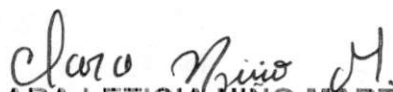
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada

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. 11001310503220180073501)


LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503220180073501)

Aclaración de voto


CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ
(Rad. 11001310503220180073501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2019-00274-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **AMALIA LUCÍA ROZO TORRES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto 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 demandante (fls. 121), así como Colpensiones (fls. 123 y 124) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) AMALIA LUCÍA ROZO TORRES instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora AMALIA LUCÍA ROZO TORRES el día 25 de mayo de 1995, con la AFP COLFONDOS SA, toda vez que en la etapa precontractual no le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno u otro Sistema de Pensiones, en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora AMALIA LUCÍA ROZO TORRES en el

Régimen de Prima Media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 62 a 67) y COLFONDOS SA (fls. 80 a 93), de acuerdo al auto visible a folio 102 y 112. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de agosto de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** de la afiliación de AMALIA LUCIA ROZO TORRES a la AFP COLFONDOS SA, suscrita el día 25 de mayo de 1995 y en consecuencia **DECLARÓ** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a la AFP COLFONDOS SA a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis. **COSTAS** a cargo de la demandada PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

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 que dentro del presente proceso judicial, no se demostró que se haya violado el consentimiento a la señora AMALIA ROZO, toda vez que conforme el interrogatorio de parte, quedó demostrado el conocimiento que tenía la demandante para realizar el traslado de régimen pensional, desde el ISS a Colfondos SA, tanto así que realizaba aportes voluntarios, conocía el funcionamiento del sistema, manifestó abiertamente que su traslado obedeció a su voluntad, fue un traslado libre, voluntario, sin presiones, que su inconformidad únicamente radica sobre el valor de la mesada pensional, y es ahí es donde plantea el engaño, no se plantea sobre una violación a su consentimiento, sino que dice que, se encuentra insatisfecha por el valor de la mesada pensional que COLFONDOS SA le ofreció, lo que podría considerarse como un error de derecho que no da lugar a la nulidad o ineficacia de traslado. De igual forma, conocía tanto del régimen de ahorro individual, que al momento de realizar los aportes voluntarios, se manifestó la intención de realizar los mismos, con el objetivo de mejorar su pensión, sabía que se podía pensionar en un tiempo inferior al que en su momento planteaba las reglas frente al ISS. De igual forma, la demandante lo que pretende en estos momentos es beneficiarse de su propia culpa, pues tenía la obligación de realizar diferentes consultas ante las diferentes entidades que existían en su momento, principalmente al ISS, pues no podía creerse lo que manifestaba el asesor en relación a la supuesta liquidación, máxime si se tiene en cuenta que es una persona profesional, y si bien no es del área del derecho, lo cierto es que si tenía un conocimiento básico de cómo funcionaban ciertas cosas, de igual forma los requisitos, características de cada uno de los regímenes pensionales. Tampoco es

entendible que desde el año 1995 que la demandante hizo el traslado de régimen, solo hasta este momento decide regresar a Colpensiones, cuando tuvo más de 20 años de realizar esa solicitud, demostrando nuevamente su negligencia, frente a su traslado de régimen pensional, un traslado que pudo hacer llenando un formulario de Colpensiones en su debida oportunidad. De igual forma, la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal dentro del Art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, que impide regresar al ISS, ni acogerse a alguna de la sentencia de la H. Corte Constitucional, por no ser beneficiaria del régimen de transición. Finalmente, la sentencia puede generar un detrimento patrimonial sobre los aportes que han realizado fielmente los afiliados a Colpensiones. De manera subsidiaria, solicita que en el caso que se confirme la sentencia, se confirme la condena de devolución de rendimientos y gastos de administración.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) AMALIA LUCÍA ROZO TORRES el día 25 de mayo de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS SA, el 25 de mayo de 1995 (fl. 13).

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. 62 a 67) y COLFONDOS SA (fls. 80 a 93). Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Colfondos SA no aportó ninguna prueba documental.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de mayo 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.

Claramente para el momento del traslado 10 de julio de 1996, el demandante tenía 328,71 semanas (fl. 23), y para abril de 1994 cuando entro a regir la ley 100/93, 320,14 semanas cotizadas, 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, 31 años (nació el 23 de octubre de 1963, fl. 11) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2020 (tiene 1.112,71 semanas – fl. 21 y 22), 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 Colfondos SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 COLFONDOS SA el 25 de mayo de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado 18º 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. 11001310501820190027401)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501820190027401)

Declaración de voto



CLARA LETICIA NINO MARTINEZ

(Rad. 11001310501820190027401)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2019-00103-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: NÉSTOR RAÚL GUERRERO FORERO
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 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 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 184 a 198), así como Colpensiones (folio 200), 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) NÉSTOR RAÚL GUERRERO FORERO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS y a la AFP Porvenir SA por haber existido vicio en su consentimiento dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación.
- Que como consecuencia de lo anterior, condenar a Colpensiones a recibir la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad.

- Condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de bono pensional, intereses y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración.
- Condenar a Colpensiones a que una vez recibida por parte de la AFP Porvenir SA las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 54 a 66) y la AFP PORVENIR SA (fls. 102 a 110) de acuerdo al auto visible a folio 94 y 137. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de julio de 2020, **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual formulada por Colpensiones y las de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría al fondo formuladas Porvenir SA. **ABSOLVIÓ** a las demandadas Colpensiones y Porvenir SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **NESTOR RAUL GUERRERO FORERO**. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV a favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada la misma, y se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que si bien es cierto las sentencias traídas a colación por el Juez de instancia que señala el deber e información posteriormente, asesoría y buen consejo y finalmente la doble asesoría, lo cierto es que para la fecha en que el actor se trasladó de régimen del RPM y se pasó al RAIS, el 4 de junio de 1999, para esa época únicamente se exigía el deber de información, nótese que brilla con total ausencia la información que predica el abogado de Porvenir SA en la contestación de la demanda, pues lo único que aportó fue el certificado de afiliación, sin embargo el demandante fue claro en el interrogatorio de parte que le indicaron que el ISS atravesaba por una difícil circunstancia y que estaba a punto de liquidar, la carga de la prueba era de Porvenir y lo único que aportó fue la solicitud de traslado del 4 de junio de 1999, por lo demás, hay un comunicado de prensa del periódico **EL TIEMPO** y del periódico **LA REPUBLICA**, y son los únicos soportes que aporta Porvenir para desvirtuar las pretensiones de la demanda. En las sentencias citadas en la demanda, señalan que las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, tenían el deber de brindar obligación de brindar información a los usuarios del sistema pensional, a fin que esos pudiesen adoptar una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional, desde el luego que con el transcurrir del tiempo, ésta exigencia cambió, para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria, al de

asesoría y buen consejo, para finalmente llegar a la doble asesoría, lo anterior es relevante, pues implica la necesidad de los jueces de valorar el deber de información de acuerdo con el momento histórico que debía cumplirse, sin perder de vista que éste desde un inicio ha existido, de manera que brilla por su ausencia en la contestación de la demanda efectuada por Porvenir documento alguno que demuestre o pruebe que se brindó información al demandante, por el contrario, lo único que se presenta con la contestación es la afiliación, que es lo que se manifiesta en la demanda, que firmó únicamente el formulario de afiliación, sin haberle explicado los pro y los contra de ese traslado, lo que conllevaba para el actor en un futuro, si era mejor el monto de una pensión en cada uno de los regímenes.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática que la carga de la prueba es de inversión a favor del afiliado, en consecuencia si se arguye que la afiliación al RAIS fue sin asesoría, se dice con ello, que la entidad incumplió las obligaciones que depende el contrato de aseguramiento, tal información se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría de forma correcta, y como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, en este caso, corresponde a la contraparte que si la brindó, dado que está en la posición de hacerlo, en este caso Porvenir SA y en su ejercicio debe ser de tal diligencia que comprenda la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, trayendo a colación el Art. 1604 del C.C., que establece que la carga de la prueba del cuidado incumbe en quien ha debido emplearlo, en el presente caso, al fondo de pensiones que corresponde acreditar la información que brindó al afiliado, y en ese sentido el demandante al afirmar que no ha brindado información, corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puedo desvirtuarlo el fondo de pensiones, acreditando que si cumplió con la obligación. La documentación de soporte de traslado, deben reposar en los archivos de Porvenir, y ésta entidad está en la obligación de probar ante las autoridades acreditando en pleno cumplimiento de su deber de información.

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) NÉSTOR RAÚL GUERRERO FORERO el día 30 de septiembre de 1999; **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 30 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1999 (fl. 111).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 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 (fls. 54 a 66) y la AFP PORVENIR SA (fls. 102 a 110). Colpensiones aportó: expediente administrativo en medio digital y reporte de historia laboral. Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, sabana de bono pensional, certificación vinculación a Porvenir SA, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, formato de vinculación (1999), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 30 de septiembre de 1999, el demandante tenía 736 semanas (fl. 71), 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, 40 años (nació el 26 de julio de 1954, fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2016 (acredita actualmente 1.497 semanas – fl. 13), 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, 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 30 de septiembre de 1999, 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.

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. 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 DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

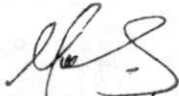
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado 32º 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 30 de septiembre de 1999, 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

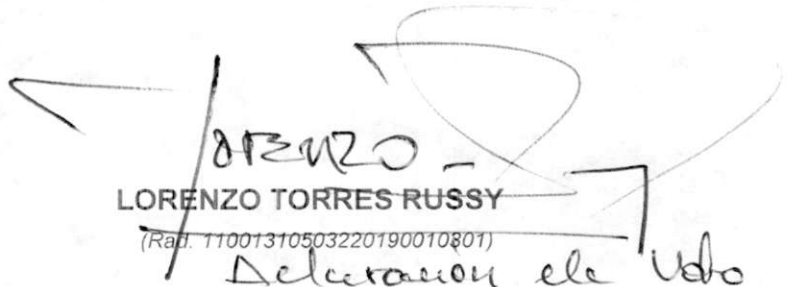
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

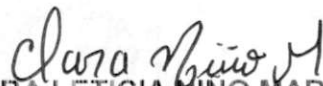
(Rad. 11001310503220190010301)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503220190010301)

Declaración de Udo



CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ

(Rad. 11001310503220190010301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 08-2018-00267-01

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN SA Y**
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Protección SA y Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 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 de la parte demandante (folios 243 a 244), así como de Colpensiones (folio 226 a 232) y Protección SA (fls. 221 a 223) 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 **CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO** 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. 4 y 5):

DECLARATORIA:

- 1) Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la señora **CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO** hacia la AFP Protección SA, al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los

- riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la AFP Protección SA, incumpliendo con su deber del buen consejo.
- 2) Que la AFP Protección incurrió en la omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
 - 3) Que la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO debe estar afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.

CONDENATORIAS:

- 1) Ante la omisión en la información, condenar a Protección SA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO a la ineficacia del tránsito al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- 2) A Protección SA al traslado de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual a Colpensiones.
- 3) A Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar a la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO como su afiliada sin solución de continuidad desde el 17 de diciembre de 1992.
- 4) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 76 a 80), así como **Protección SA** (fls. 94 a 110) de acuerdo al auto visible a folio 111. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 5 de abril de 2019, el Juez de Primera Grado ordenó vincular al contradictorio a las AFP PORVENIR SA y OLD MUTUAL SA (FL. 113)

Old Mutual contestó la demanda (fls. 138 a 151), así como **Porvenir SA** (fls. 179 a 191) de acuerdo al auto visible a folio 205. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 8° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 30 de junio de 2020. **DECLARÓ LA INEFICACIA DEL TRASLADO** de la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 16 de septiembre de 1994, mediante la afiliación a ING hoy Protección SA, **CONDENÓ** a Colpensiones admitir el traslado del régimen pensional de la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO. **CONDENÓ** a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en material laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CONDENÓ** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Protección SA, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes

en la historia pensional de la actora. Sin condena en **costas**. **ABSOLVIÓ** a las demandadas OLD MUTUAL SA y PORVENIR SA.

RECURSO DE APELACIÓN

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

DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Protección SA, teniendo en cuenta que los descuentos de cuota de administración en el RAIS se debe manifestar la oposición, como quiera que el Art. 60 de la Ley 100 de 1993, señala que dentro de las características, una parte de los aportes del afiliado, se capitalizará en la cuenta de ahorro individual de cada afiliado y la otra parte, deberá ser destinada a pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivencia, así mismo la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y así mismo cubrir el costo de administración del régimen, por lo que se deduce que esos descuentos por administración que se realiza a los afiliados, no son una creación de los fondos privados, sino que la misma se hace por ministerio de la Ley, por consiguiente, se debe tener presente, que se seguirán haciendo los descuentos de administración en cualquier de los regímenes por imposición de la Ley, pues es gracia a dichos descuentos que el afiliado puede cubrir el monto restante para financiar su pensión en los casos de invalidez o muerte, así mismo, el Decreto 2555 de 2010 señala que respecto a los gastos de administración tienen una destinación específica, exactamente en 11 puntos, de los cuales 1 garantiza la defensa judicial del fondo, y el otro para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; respecto de los otros 9 son utilizados para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, y que permiten generar los rendimientos, los cuales son depositados diariamente en la cuenta de ahorro individual de los afiliados.

Así mismo, téngase en cuenta que la demandante realizó la afiliación con Protección SA en el año 2014, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de los 10 años para realizar un traslado de régimen pensional. Aunado a lo anterior, el traslado de régimen lo hizo a una AFP diferente, esto es, ING, que para esa época, nada tenía que ver con las actividades comerciales que realizaba Protección SA, por lo que no intervino en dicho acto jurídico en el traslado de régimen, por lo cual imponerle devolver los gastos de administración no sería justo, teniendo en cuenta que los dineros sobre los cuales realizó cotizaciones y se obtuvo rendimientos por parte de la demandante, llegaron a manos de Protección hasta el año 2014, y anteriormente, en el año 2012 fue que se realizó la fusión entre ING y Protección SA.

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

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta en primer lugar, no comparte el análisis que realizó la Juez de

instancia, toda vez que los medios probatorios obrantes en el expediente que la llevó a concluir que el traslado de régimen efectuado por la actora era ineficaz, lo anterior por cuanto indica el Despacho que no se aportaron medios de convicción de los cuales se pudiera deducir que efectivamente se hubiese podido cumplir con el deber de información y de buen consejo para con la demandante, considerando que dado que para el momento en que la demandante efectuó traslado de régimen pensional, la única exigencia normativa era la suscripción del formulario de vinculación, pretender que en este tipo de procesos las administradoras de pensiones alleguen medios probatorios así no sean eminentemente documentales resulta una carga imposible de acreditar, toda vez que además de no acreditar las asesorías, son traslados pensionales que se efectuaron entre fondos de pensiones por mas de 15 años que duró su permanencia, y pretender que se aporte testimoniales u otros medios probatorios para acreditar las obligaciones legales no resulta una carga posible de cumplir y en todo caso, se pone a las AFP en una debilidad probatoria, toda vez que el solo formulario de vinculación a juicio de los operadores judicial no resultaría una prueba pertinente, sin manifestar que esa era la única exigencia normativa, debiéndose presumir que si se suscribió el formulario de vinculación, dicha firma estuvo precedida de la correspondiente de la asesoría e información.

Por otro lado, en relación a los múltiples traslados horizontales entre AFP del mismo régimen, considera que en el caso de la demandante, efectuando cinco traslados horizontales entre administradoras del RAIS si está saneado cualquier tipo de vicio del consentimiento o en la información que se hubiese brindado por las AFP, toda vez que esos traslados el intereses de permanecer afiliadas al RAIS, tal y como lo ha adocinado la sentencia SL413 de 2018, máxime si se tiene en cuenta que la actora confesó en el interrogatorio de parte que la motivación de dichos traslados obedeció a los rendimientos que le ofrecieron las administradoras.

No obstante lo anterior, se cumplió con el deber de información y de buen consejo con la demandante, de manera que no es posible declarar la nulidad del traslado.

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 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 ING SA efectuado por el (la) señor (a) CLAUDIA PATRICIA CALDAS CAMELO el día 16 de septiembre de 1994; 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 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 ING SA, el 16 de septiembre

de 1994, efectiva a partir del 1 de octubre de 1994, posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR SA el 20 de octubre de 2003, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2003, posteriormente, solicitó trasladarse nuevamente a la AFP ING el 29 de septiembre de 2006, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2006, luego, dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012. Posteriormente, se trasladó a la AFP Old Mutual SA el 19 de julio de 2013, efectiva a partir del 1º de septiembre de 2013, y finalmente, solicitó trasladarse a la AFP Protección SA el 3 de junio de 2014, efectiva a partir del 1º de agosto de 2014 (fl. 107).

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. 76 a 80), **Protección SA** (fls. 94 a 110), **Old Mutual** (fls. 138 a 151) y **Porvenir SA** (fls. 179 a 191). COLPENSIONES aportó: reporte de historia laboral de la demandante. PROTECCIÓN SA aportó: información de historia laboral,

historial de vinculaciones del SIAFP, copia derecho de petición, respuesta derecho de petición. OLD MUTUAL SA aportó: Formato de vinculación (1997), certificación, reporte historia laboral, estado de cuenta Old Mutual SA. PORVENIR SA aportó: Formato de vinculación (2003), historial de vinculaciones del SIAFP, reporte historia laboral del ISS, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, certificación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de septiembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)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 16 de septiembre de 1994, la demandante tenía 97.57 semanas (fl. 81), 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, 31 años (nació el 28 de octubre de 1963, fl. 20) y al seguir cotizando al cumplir 57 años de edad en el año 2020, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene actualmente 1.321,85 semanas – fl. 102), 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 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 y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, conforme lo ha adocinado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3207 con Rad, 83586 del 18 de agosto de 2020, que a su vez, trae a colación las sentencias SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 reiteradas en CSJ SL4360-2019, 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 ING SA el 16 de septiembre de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se 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 junio de 2020 por el Juzgado 8º Laboral Del Circuito de Bogotá.

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

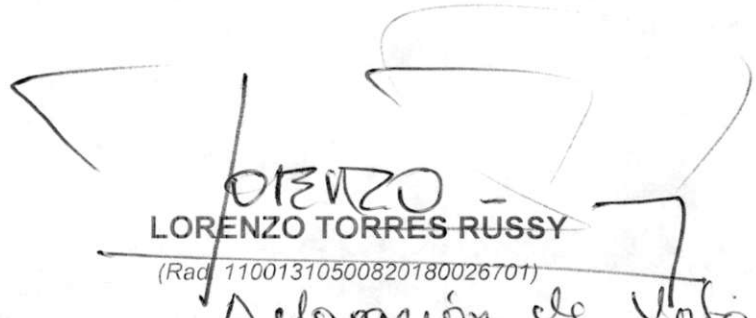
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820180026701)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500820180026701)

Declaración de Voto



CLARA LETICIA NINO MARTINEZ

(Rad. 11001310500820180026701)