



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 14-2018-00715-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls. 165 a 168) Porvenir SA (folios 174 a 179), así como Colpensiones (folio 170 a 171) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 41 y 42 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- La ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por el señor GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY hacia la AFP Porvenir SA, al no haberle proporcionado 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 Porvenir SA, incumpliendo con su deber del buen consejo.
- Que la AFP Porvenir SA incurrió en 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.
- Que el señor GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY debe estar afiliado al RPM.

CONDENATORIAS:

- A la AFP Porvenir SA, como administradora de pensiones a la cual se encuentra actualmente afiliado el señor GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY, a la ineficacia del tránsito al RAIS.
- A la AFP Porvenir SA al traslado de los aportes cotizados en el RAIZ a Colpensiones.
- A Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar al señor GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY como su afiliado sin solución de continuidad desde el 12 de enero de 1981.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: PORVENIR SA (fls. 68 a 77) y Colpensiones (fls. 81 a 110), de acuerdo al auto visible a folio 111. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 14° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de octubre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del acto del traslado del señor GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA donde se encuentra vinculado actualmente el demandante a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por el extremo pasivo, en tanto que no enervaron las pretensiones del líbello. **COSTAS** a cargo de la demandada Porvenir SA, por haber sido vencida en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que las consideraciones adoptadas para declarar la ineficacia del traslado, fueron motivadas respecto a la línea jurisprudencial que ha venido emitiendo la Corte suprema de Justicia, en sede de casación, dentro de las cuales se citó la SL1688 y 1689 de 2019, determina el consentimiento informado, y el deber de información que se les viene exigiendo a las administradoras de pensiones, independiente de la posición del afiliado, respecto de una mera expectativa o una expectativa legítima respecto de su situación pensional, considerando tal situación, esa línea jurisprudencial ha determinado presente diferentes aclaraciones de voto por la misma sala que permiten considerar que no existe una postura unificada respecto a determinar el traslado de la carga de la prueba de manera automática, frente a todos los procesos que soportan la pretensión de ineficacia del traslado, considerando que soportan situaciones y contextos diferentes, respecto de la exigibilidad del deber de información, en ese sentido, considerar la línea jurisprudencial, vale precisar que debe tratarse de los mismos supuestos fácticos, y frente al caso del demandante al momento de trasladarse de régimen pensional, no contaba con ninguna expectativa legítima o no estaba renunciando al régimen de transición, para concluir que al momento del traslado de régimen se le generó un perjuicio frente a su situación pensional, pues en las sentencias que se mencionaron en el fallo, los demandantes siguen siendo, incluso por edad, beneficiarios del régimen de transición, y esto pone un contexto diferente, frente a la afectación o posible situación pensional en que se

encuentra el afiliado, en ese sentido el actor al momento de trasladarse del régimen, contando con un poco mas de 8 años cotizados al sistema de pensiones, y frente a su edad, estaba en total libertad que le permitía el Art. 13 y ss de la Ley 100 de 1993, de trasladarse de régimen pensional, suscribiendo el formulario de afiliación, con lo que se acredita el consentimiento informado frente a la exigibilidad de la información que se pedía en ese momento para las AFP, que era otorgarle la información, incluso de carácter verbal, porque no había exigibilidad de dejar por escrito la información que se le suministraba al afiliado. La determinación de esa situación se iba a ver reflejada en el transcurso del tiempo, conforme se vio en este caso, con cotizaciones por mas de 20 años, y considerar la diferencia de la mesada pensional, criterio que para el momento de traslado de régimen si le faltó el deber de información o se vició su consentimiento, evidentemente no se soporta bajo ningún atendido en ese aspecto, en tanto que la determinación del monto de la mesada pensional dentro del RAIS se precisa por factores ajenos para los asesores comerciales al momento del traslado de régimen, situaciones que en cierta forma que no pueden endilgársela a la AFP, considerando que los aportes realizados por la estabilidad laboral del afiliado no puede depender de considerar responsable de la administradora de pensiones, pues hay rendimientos financieros que varían respecto de la tasa fluctuante del mercado, es una situación adicional, que no depende del asesor o del afiliado, como también la cantidad de beneficiarios reportados al fondo de pensiones, porque son aspectos que pueden variar con posterioridad al traslado que efectuó el demandante.

En ese sentido, el no haber elaborado una proyección pensional o no haber determinado el monto de la mesada pensional al momento del traslado de régimen, no puede como endilgarse como una situación desinformadora, las condiciones están siempre descritas siempre en la Ley que son de orden público, y el demandante estuvo conocimiento respecto de la misma y sus modificaciones legislativas realizadas, la suscripción de los formularios afiliación y los posteriores traslados dentro del régimen de ahorro individual en 3 ocasiones, convalidaron esa situación de permanencia dentro del mismo régimen, que claramente puede determinar el efecto de ratificación, si bien considerar la ineficacia como una figura en la cual no opera tal figura de la ratificación, también conllevaría en cierto sentido que al no generarse efectos jurídicos, no debería determinarse la devolución de los rendimientos financieros, en el entendido que son propios del régimen de ahorro individual frente a su permanencia del demandante.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) GERMAN RODRIGO MEJIA PAVONY el día 30 de junio 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 junio de 1999, con efectividad a partir del 1º de agosto de 1999; posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte el 23 de julio de 2007, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2007. Luego, solicitó trasladarse a la AFP Old Mutual SA el 20 de diciembre de 2010, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2011. El día 12 de diciembre de 2012, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte, efectiva a partir del 1º de febrero de 2013. Finalmente, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP Porvenir SA a partir del 1º de enero de 2014 (fl. 84).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos 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 las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo

los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda PORVENIR SA (fls. 68 a 77) y Colpensiones (fls. 81 a 110). Colpensiones aportó expediente administrativo del demandante. Porvenir SA aportó: certificación de afiliación, formulario de afiliación (1999), historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, comunicados de prensa, sábana de bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de junio 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 junio de 1999, el demandante tenía 718,43 semanas (fl. 59), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 28 de julio de 1954, fl. 4) y al seguir

cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2016 podría pensionarse en el RPM (actualmente acredita .1647 semanas cotizadas – fl. 18), 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, o en el evento 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 de Colpensiones.

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Porvenir SA el 30 de junio de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PORVENIR SA; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 28 de octubre de 2020 por el Juzgado 14º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420180071501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501420180071501)

Admonición de voto



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501420180071501)

Admonición de voto



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	GERMÁN RODRIGO MEJÍA PAVONY
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105014201800715-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 19-2017-00717-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP OLD MUTUAL SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (SKANDIA SA Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Skandia SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 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 del demandante (folios 427 a 440), así como Colpensiones (folio 414 a 416) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Declarar que la AFP PORVENIR SA, asesoró a la señora BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual.
- Declarar que la AFP OLD MUTUAL SA no le suministró información completa, verídica y comprensible a BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON antes de cumplir la edad de 47 años (esto es antes del 24 de agosto de 2007) respecto del régimen pensional a elegir, teniendo en cuenta que era el momento justo para tomar tan importante decisión, esto es, decidir qué régimen le era más favorable para sus intereses, atendiendo sus ingresos; situación que le impidió el regreso al régimen de prima media con prestación definida por su propia voluntad.
- Declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR SA.
- Ordenar a la AFP OLD MUTUAL trasladar a la señora BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON al régimen de prima media con prestación definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones, en las mismas condiciones impetradas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS.
- Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la señora BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON al régimen de prima media con prestación definida administrada por esa entidad.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 81 a 92), OLD MUTUAL SA (fls. 115 a 164) y AFP PORVENIR SA (fls. 194 a 208), de acuerdo al auto visible a folio 209 y 213. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de agosto de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON, del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir SA, realizado el 10 de junio de 1994 y las posteriores afiliaciones con COLFONDOS, HORIZONTE y OLD MUTUAL SA, cuya última fue realizada el 31 de agosto de 2009 a ésta última entidad. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, desde el 18 de abril de 1980, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la AFP OLD MUTUAL SA hoy SKANDIA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin condena en costas en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, solicitando se revoque la decisión adoptada, teniendo en cuenta que la ineficacia de traslado se fundamentó en la falta del deber de información que la AFP tenía al momento de su traslado, pasando por alto que para el año 1994, según la normatividad aplicable para el momento, disponía que la aceptación expresa de un afiliado se manifestaba en la suscripción del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, conforme el formulario de afiliación que reposa en el plenario. Así mismo, para la fecha de suscripción del formulario no existía la ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación para las AFP de otorgar una doble asesoría a sus afiliados. Así las cosas, el análisis de la información y la asesoría brindada a la

demandante deben ser brindadas de acuerdo a la normatividad vigente al momento del traslado; que no es otra que es la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es razonable ni jurídicamente aceptable imponerle a las administradoras obligaciones que no está vigente en el ordenamiento jurídico al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consisten solamente en la posibilidad de defensa o la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además el ajuste de las normas pertinentes a la fecha cuando se juzga, conforme el Art. 29 Constitución Política, así mismo, la conducta de los fondos con normas que no existían en el momento del traslado viola el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el traslado, es quien debe soportar una carga de la prestación a favor de la demandante, con fundamento en el principio de la relatividad jurídica, pues Colpensiones en estos casos es un tercero, y en estos casos, los actos jurídicos tendrán efectos inter partes, y los efectos jurídicos que se deriven de ellos solo deben repercutir en las partes involucradas, por lo cual, Colpensiones no puede ser favorecida, y mucho menos desfavorecida por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP en su momento.

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba, que recae una y exclusivamente en cabeza de la AFP, y al transpolar lo señalado por la jurisprudencia en las sentencias señaladas por la Juez de primera instancia, los fondos contaban hasta el años 2016 contaban únicamente con el consentimiento vertido por el afiliado en el formulario afiliación, para probar con el consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron de 1994 a 2016 no exigían nada diferente a la suscripción de la afiliación es por esto que, imponer cargas adicionales a las administradoras se constituyen en una situación de carácter imposible.

De igual forma, se evidencia que una interpretación errónea del Art. 1604 del Código Civil, pues la Corte Suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis dentro de la sentencia, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos, se convierte en objetiva, toda vez que no exige a la demandante aportar soporte alguno que acredite algún vicio al momento de trasladarse al RAIS, y que la carga de la prueba recaiga exclusivamente en la AFP, sin que existe el menor esfuerzo por parte de la demandante.

Finalmente, pongo en consideración ante el superior que la actora nació el 24 de agosto de 1960, y a la fecha cuenta con un poco más de 60 años de edad y ha permanecido en el RAIS un poco más de 25 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por el A Quo, esto es, por cuanto afecta el equilibrio y sostenibilidad financiero establecido en el Art. 48 de la Constitución

Política y que fue adicionado con el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, reiterándose la prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 o menos años para pensionarse, pues es un artículo caprichoso, y tiene su razón de ser, pues debe tenerse en cuenta el propósito del legislador de consagrar esta prohibición, proteger el fondo común, por medio del cual Colpensiones usa para pagar las pensiones de aquellas personas que cumplen con los requisitos mínimos, y así no generar un desequilibrio patrimonial, y en ese orden, debe tenerse en cuenta que los recursos que obtiene Colpensiones por concepto de cotizaciones de sus afiliados al Sistema, ni siquiera son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-1024 de 2004, reitera por la SU 062 de 2010.

Desde esta perspectiva, el RPM se sostiene con las cotizaciones efectivamente realizadas por sus afiliados en toda su vida laboral, para que una vez cumplidos los requisitos puedan tener derecho a una pensión mínima, independientemente de las sumas que cotizaron, permitir que una persona por interés particular, como en el presente asunto, que está próxima a pensionarse, que ha cotizado por más de 20 años a una entidad diferente, como se da en el presente asunto, se beneficien por las cotizaciones de los demás beneficiarios, resulta contrario no solo al concepto de equidad establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, sino también a ese principio de eficacia constitucional.

Ahora bien, en caso de confirmar la decisión, solicita se mantenga la condena impuesta a la AFP Skandia a devolver a Colpensiones la totalidad de cotizaciones de la demandante, solicita se adicione a la sentencia, que esa condena de aceptar a la demandante como afiliada, solo podrá hacerse efectiva, una vez la AFP Skandia cumpla con la obligación a ella impuesta, toda vez que Colpensiones no puede dar cumplimiento a la misma, hasta tanto la AFP no reintegre dichos recursos a Colpensiones y actualice la información en la respectiva bases de datos.

La parte demandada (Skandia SA) interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, teniendo en cuenta que en cuanto a su conformación, los gastos de administración tienen dos elementos importantes, uno referido propiamente a la comisión de administración, frente a ello, resalta que no está destinada a financiar el sistema pensional o la prestación económica de la demandante, por el contrario, la comisión de administración es un recurso destinado a retribuir las actividades que desarrolla cada una de las administradoras de pensiones, en el presente asunto, si bien se ordena la ineficacia de la afiliación y en consecuencia el traslado a Colpensiones de la demandante, lo cierto es que dichos

gastos de administración no pueden incluirse dentro de la orden de devolución a Colpensiones, como quiera que Colpensiones no ha ejecutado ninguna actividad direccionada a conformar la Historia Laboral de la demandante, ni a generar los rendimientos de la cuenta de ahorro individual que hoy se ordena trasladar, razón por la cual no se podría dar esa orden, porque se generaría a favor de Colpensiones un enriquecimiento sin justa causa, o un pago no debido. En lo que respecta a las primas de seguro previsional, durante toda la vinculación de la demandante tuvo la cobertura para los riesgos de vejez y muerte, luego entonces tampoco podría ordenarse devolver dichos recursos, porque la demandante se vio beneficiada y tuvo la cobertura durante toda su afiliación con Skandia por éstos riesgos, máxime si se tiene en cuenta que son recursos que no se encuentran en las arcas de la administradora, sino que por el contrario, se efectuó el pago a las aseguradoras que tuvieran vigencia para el periodo que estuvo afiliada la demandante con Skandia. Por lo anterior, no es procedente la devolución de los gastos de administración.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDON el día 1º de mayo de 1995; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP SKANDIA SA hoy OLD MUTUAL 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 1º de mayo de 1995, con efectividad a partir del 1º de junio de 1995, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 11 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 1º de enero de 1998; posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 6 de octubre de 1999, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1999. Luego,

solicitó trasladarse el 29 de enero de 2004 a la AFP OLD MUTUAL SA, efectiva a partir del 1º de marzo de 2004; posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 2 de febrero de 2009, efectiva a partir del 1º de abril de 2009 (fl. 203). Finalmente, solicitó trasladarse el 31 de agosto de 2009 a la AFP SKANDIA SA hoy OLD MUTUAL SA (fl. 131).

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

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

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

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 81 a 92), OLD MUTUAL SA (fls. 115 a 164) y AFP PORVENIR SA (fls. 194 a 208). Colpensiones no aportó ningún elemento probatorio. SKANDIA SA aportó: formulario de afiliación (1994 y 2009), certificación de afiliación, historia laboral consolidada, sabana bono pensional, estado de cuenta Old Mutual, derecho de petición, respuesta derecho de petición, historia laboral para reclamación de bono pensional Tipo A – Modalidad 2, comunicados de prensa. PORVENIR SA aportó: certificación de afiliación, formulario de afiliación (1999), historia de

vinculaciones del SIAFP, relación de aportes a Porvenir SA, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1º 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.

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 1º de mayo de 1995, el demandante tenía 515,17 semanas (fl. 161), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 24 de agosto de 1960, fl. 31) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2017 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene más de 1.491,14 semanas – fl. 161), 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 para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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 característica, determinado 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 Old Mutual SA hoy Skandia 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, contrario a lo afirmado por el recurrente de la AFP privada, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas, conforme lo ordenó el Juez de instancia.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP

PORVENIR SA el 1º de mayo de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES y SKANDIA SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

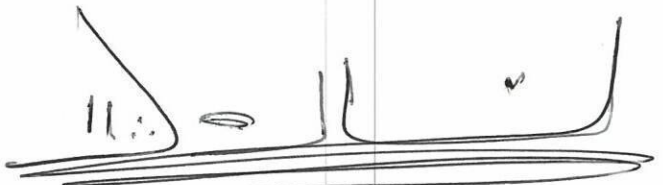
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501920170071701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501920170071701)

Aclaro Voto!



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501920170071701)

Aclaración de voto



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	BLANCA FLOR CRISTANCHO RONDÓN
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105019201700717-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 16-2018-00607-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: 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 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (folio 358 a 364) 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:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente

sustentada como aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al RAIS, ante la omisión de la AFP Horizonte hoy Colfondos SA del deber profesional de información.
- Ordenar el traslado y afiliación de la demandante a Colpensiones, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.
- Ordenar a Colfondos SA a la devolución a Colpensiones, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU 062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil.
- Condenar a Colfondos SA, en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sea trasladada por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que a la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLFONDOS SA (fls. 255 a 302) y COLPENSIONES (fls. 306 a 312), de acuerdo al auto visible a folio 326. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de julio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS, a COLFONDOS SA el 22 de

junio de 2001, y en consecuencia **CONDENÓ** a tal fondo privado a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo sus interés y rendimientos que se hayan generado, y en general toda suma que haya tenido como causa la cotización al RAIS. **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS, a dicha administradora en el RPM, el cual se declara es el único válido en relación con la demandante, y a recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual de aquella, tal y como se ordenó en el numeral primero que antecede. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que si bien considera el Juzgado que es procedente la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, no encuentra coincidencia con el Juzgado, toda vez que no se están teniendo en cuenta aspectos fundamentales dentro del proceso, como lo es que la demandante se encontraba plenamente habilitada para realizar el traslado en el año 2001, no tener ninguna expectativa pensional ni ser beneficiaria del régimen de transición, situaciones que debían tenerse en consideración al momento de considerar el traslado, precisando que la actora realizó el debido traslado, suscribiendo el formulario de afiliación, que obra dentro del expediente y que no fue tachado de falso y que además se resalta que es el documento que verifica la voluntad que tenía la demandante en el año 2001 para trasladarse a otro fondo de pensiones, toda vez que para dicha época no era necesario otro documento que acreditara la expresión de voluntad, incluso, para dicha época ninguna normatividad estipulaba claramente que la información brindada a los posibles afiliados, debía dejarse plasmada en una documental que validara dicha información, sino que esta situación fue solicitada con posterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin que las administradoras, en virtud del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, exigían lo que disponía la norma vigente para el momento del traslado, y más aún que no se tenga como válido el formulario de afiliación, resaltando que la demandante, con fundamento en el interrogatorio de parte

practicado, evidenció que los aportes que realizaba se hacían al fondo privado, generando rendimientos, porque recibía extractos, tenía actuaciones que ratificaban su intención de permanecer en COLFONDOS, y si bien el Juzgado indica que no son suficientes dichas características, lo cierto es que no entiende que otras características debe conocer el posible afiliado, pues incluso la demandante indicó que conocía sobre el bono pensional, pero porque lo vio en su historia laboral, y dijo además que en el RAIS no debía pensionarse con las semanas de pensiones, sino con el capital, por lo que pese a ser evasiva, si conocía como funcionaba el RAIS, y sus condiciones y características.

Aunado a lo anterior, señala que no puede ser condenada en costas, toda vez que siempre actuó de buena fe, desde el momento del traslado inicial (2001), atendiendo a la voluntad de la demandante, y no es procedente retornar al RPM por cuanto se encuentra inmersa en una prohibición legal. Tampoco es lógico que Colfondos no probó la información brindada, quien es la responsable de esta nulidad o ineficacia, que no sea ella condenada como debe ser, en dado caso debería aplicarse el Art. 4 del Decreto 496 de 1994, y contrario a declarar la ineficacia, debería condenársele por la culpa causada a Colpensiones o en últimas, condenar al reconocimiento de la pensión en los mismos parámetros que debía reconocer en el RPM y tener en cuenta que Colfondos se allana a las pretensiones de la demanda, y que sea Colpensiones un tercero que se ve afectado por las omisiones de Colfondos.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS el día 22 de junio de 2001; **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 inicialmente proveniente del régimen de prima media, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, 22 de junio de 2001, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2001 (fl. 299).

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

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

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

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones

pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLFONDOS SA (fls. 255 a 302) y COLPENSIONES (fls. 306 a 312). Colfondos aportó: comunicados de prensa, formulario vinculación (2001), historia bono pensional, historia laboral de Colfondos SA, reporte de historia laboral de Colpensiones, historia de vinculaciones del SIAFP. Colpensiones aportó reporte de historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de junio de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual

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

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

Claramente para el momento del traslado 22 de junio de 2001, el demandante tenía 572,29 semanas (fl. 293), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 29 de julio de 1959, fl. 4) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2016 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1382,14 semanas – fl. 186 Vto.), 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 para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 22 de junio de 2001.

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA

La apoderada de la parte demandada (Colpensiones) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

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

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada Colpensiones; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado 16º Laboral del Circuito de Bogotá,

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

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501620180060701)


DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501620180060701)

Aclaro Voto!


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501620180060701)

Aclaro Voto!



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105016201800607-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2019-00032-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: FLORENCE SOLANGE BLANC DE CASTELBLANCO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de octubre 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 278 y 279), así como Colpensiones (folio 261 a 267) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) FLORENCE SOLANGE BLANC DE CASTELBLANCO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada

como aparece a folios 10 y 11 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Ordenar a Colpensiones realizar el traslado al régimen de prima media con prestación definida, de la afiliada FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO de conformidad con las solicitudes radicadas en el año 2003 y 2013.
- Ordenar a Porvenir SA aceptar el traslado de régimen pensional solicitado en dos ocasiones por la señora FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO y en consecuencia, disponer la legalización del mismo mediante la transferencia de la información y del saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos correspondientes.
- Ordenar a Colpensiones que registre la novedad de vinculación al sistema general de pensiones y afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado de la señora FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO.
- Ordenar que Colpensiones acredite en la historia laboral de la afiliada FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO, las semanas cotizadas desde noviembre de 2013 hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la orden impartida por el Juzgado.
- Disponer el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que prestan el servicio público de la seguridad social en relación con las solicitudes de traslado de régimen de ahorro individual administrado por Porvenir SA, al RPM administrado por Colpensiones presentadas por la señora FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO el 30 de octubre de 2003 y 18 de noviembre de 2013.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 94 a 101) y AFP PORVENIR SA (fls. 187 a 209 y 211 a 216), de acuerdo al auto visible a folio 217. Se oponen 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 7 de octubre de 2020, **DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por la señora

FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO el día 3 de agosto de 1994 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual e igualmente DECLARÓ para todos los efectos **válida** la afiliación o re-afiliación o traslado efectuada por la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el mes de octubre de 2003 y del mes de noviembre de 2013, y como consecuencia de lo anterior tener para todos los efectos como afiliada al régimen de prima media y ORDENAR a Porvenir SA donde se encuentra actualmente afiliada la señora FLORENCE BLANC DE CASTELBLANCO, traslade los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media para que a través de ésta administradora Colpensiones proceda a recibir dichos recursos y acredite estos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado. **COSTAS** a cargo de Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV, Sin costas para Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, solicitando se revoque la decisión adoptada, por cuanto si bien el Juzgador de primera instancia declara la ineficacia de traslado del régimen inicial que efectuó la demandante efectuado en el año 1994, por la AFP Protección, sin embargo podemos ver que Colpensiones genera una respuesta a la demandante de forma oportuna y posteriormente la actora no genera ningún tipo de reclamación, sino que por el contrario ratifica su decisión de permanecer en el RAIS, generando un traslado en el año 2007 y en el año 2009 a Porvenir SA, retornando al RAIS en el año 2010, en ese sentido se declara ineficacia del traslado generado del año 2013, pero la demandante manifiesta que la firma del formulario de afiliación es de ella, que no fue presionada, y aunque también solicitó un traslado a Colpensiones, el cual fue resuelto, actualmente se genera de orden de retornar todos los dineros que existen en la cuenta de ahorro individual de la demandante estando con Porvenir, sin que ella tuviera algún tipo de inconformidades que la demandante presentaba respecto de su afiliación, este perjuicio que se le hace directamente a Porvenir de no conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar ni del traslado de 1994, ni 2003, ni del 2013, cuando ya estaba afiliada, Porvenir no podía negar ni rechazar esa afiliación, sino que debía afiliarse, siempre obrando conforme a la Ley. Ahora bien, se ordena una devolución de los rendimientos y dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual, por lo que respecto de los gastos de administración el inciso 2º del literal b) del artículo

20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de vejez y sobreviviente, dichos gastos no forman parte integral de la pensión, por tanto si se encuentran prescrito, afectado con el termino trienal.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Sí es procedente el traslado del Régimen de Ahorro Individual (AFP Porvenir SA) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para de allí establecer si procede o no las condenas invocadas en la demanda.

TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Sea del caso indicar que las pretensiones de la demanda van encaminadas a que se ordene el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en razón que la demandante solicitó dentro de termino el traslado de régimen para retornar a prima media, administrado por Colpensiones.

El literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán trasladarse de régimen por **una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial**, y que a partir del 29 de enero de 2004, **NO** podrán trasladarse de régimen las personas a quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La prohibición del traslado para quienes tuvieran menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1024 de 2004, bajo el entendido que las personas que son

beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida **en cualquier tiempo**, si cumplen las condiciones señaladas en la sentencia C-789 de 2002; sentencia ésta que a su vez señaló la posibilidad de conservar el régimen de transición para quienes hubieren prestado servicios o cotizados más de 15 años a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen de pensiones.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia **SL-1507 de 2018**, así como reciente pronunciamiento **SL-070 con radicación 69162 del 20 de enero de 2020**, en la que el máximo órgano de cierre manifestó, contrario a lo afirmado por el recurrente, que en aquellas hipótesis en que el afiliado beneficiario del régimen de transición luego del traslado al régimen privado, decide retornar al de prima media, recupera la transición, siempre y cuando hubiera adquirido los beneficios del régimen en razón del tiempo de servicios o número de cotizaciones, esto es, haber prestado servicios o cotizado por 15 o más años con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, en razón del tiempo y NO de la edad (Sentencias SL, 27 abr. 2016, rad. 51035, reiterada en la CSJ SL14617-2017, SU-130/2013, SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y, SL563-2013).

Así pues, revisada las pruebas documentales allegadas al plenario, obra historia laboral expedida por COLPENSIONES, actualizada al 17 de noviembre de 2017, en la que se indica que la demandante se afilió el día 23 de mayo de 1991, iniciando sus cotizaciones a partir de esa misma data con el empleador CONSORCIO C.G.E. FANA (fls. 26).

Así mismo, reposa historia de vinculaciones SIAFP visible a folios 213 expedida por ASOFONDOS en la que da cuenta que la demandante se encontraba vinculada a COLPENSIONES y posteriormente presentó solicitud de traslado a la AFP ING el 3 de agosto de 1994, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1994. Posteriormente, el 28 de enero de 2000 solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE, con efectividad a partir del 1º de marzo de 2000, luego solicitó trasladarse el 17 de febrero de 2007 a la AFP OLD MUTUAL SA, efectiva a partir del 1º de abril de 2007. Con posterioridad, solicitó trasladarse 1º de abril de 2009 a la AFP PORVENIR SA, con efectividad a partir del 1º de 1º de junio de 2009. Nuevamente, solicitó trasladarse el 26 de abril de 2010 a la AFP, efectivo a partir del 1º de junio de 2010. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 25 de febrero de 2013, efectiva a partir del 1º de abril de 2013.

Ahora bien, a efectos de determinar si es posible ordenar el traslado para retornar al régimen de prima media de la actora, se tiene que presentó formulario de afiliación ante el extinto ISS el 30 de octubre de 2003 con sellos de recepción a las 9:32 AM, con el radicado No. 11019049, solicitud que fue resuelta por parte de la señora Elena Mesa Zuleta, en calidad de Vicepresidente de Pensiones del extinto Instituto de Seguros Sociales, en el que le indicó a la aquí demandante que:

“Para el SEGURO SOCIAL PENSIONES fue muy grato que usted determinara escogerla como su Administradora de Pensiones. En cumplimiento de la circular No. 019 de marzo 04 de 1998 de la Superintendencia Bancaria, comunicamos a su Fondo Privado de Pensiones HORIZONTE su decisión de trasladarse al ISS y éste nos ha informado que su traslado ha sido RECHAZADO por su AFP indicando como causal de rechazo:

RCH NO AFILIADO

Cualquier inquietud debe comunicarla a su fondo Privado. Sí desea comunicarse con nosotros puede hacerlo a través de nuestra línea gratuita N01 8000 913 399 o a través de la Gerencia Nacional de Mercadeo en la carrera 10 No. 64 – 28 teléfonos 3436390 extensiones 7716, 7768, 7810 o 7635 Bogotá o consulte nuestra página de internet www.iss.gov.co.”

Posteriormente, la demandante solicitó nuevamente el 18 de noviembre de 2013 solicitud de afiliación a Colpensiones, conforme formulario visible a folio 41 del plenario, a lo cual, le fue resuelto en la misma data señalándole que:

“Nos permitimos informarle que su solicitud radicada como se indica en la referencia, no ha sido aceptada.

Lo anterior por los siguientes motivos:

No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se presentan inconsistencias en el estado actual de su afiliación y es necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de la misma, el resultado del proceso le será comunicado.”

No obstante lo anterior, conforme la documental que obra a folio 43 del expediente, mediante comunicación del 27 de marzo de 2015, Colpensiones le informa a la demandante que:

“(...) Tenemos el agrado de informarle que una vez revisado el estado de su vinculación al Sistema General de Pensiones, se pudo determinar que usted está afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por Colpensiones.”

En ese sentido, la demandante al estar bajo el consentimiento de estar afiliada a Colpensiones, solicita corrección y actualización de su historia laboral, por lo que en comunicación del 26 de septiembre de 2016 Colpensiones le informa a la demandante que una vez verificada la información y documentos allegados, realizaron actualización en su nombre, apellido y fecha de nacimiento de acuerdo a su documento de identidad. Lo anterior dando aplicación al principio constitucional de buena fe en las actuaciones de los ciudadanos y de conformidad con los documentos y anexos suministrados por la demandante, los cuales se presumen veraces, completos y ciertos (fl. 46).

Por otro lado, en comunicación del 2 de agosto de 2017, la AFP Porvenir le informa a la demandante que a la fecha de la documental Colpensiones no ha radicado solicitud de traslado de régimen, adjunto a su comunicación. Igualmente, que de conformidad a la solicitud del 25 de febrero de 2013, al presentar la demandante solicitud de traslado de la AFP Old Mutual SA a la AFP Porvenir SA, la misma cobró vigencia a partir del 1º de abril de 2013. Por otra parte, le indicaron que en el caso en particular, contaba con 51 años de edad, teniendo en cuenta su fecha de nacimiento del 5 de diciembre de 1966, por lo que se determinó que se encontraba inhabilitada para trasladarse del RAIS al RPM, por encontrarse inmersa en la prohibición de tener menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez en ese régimen, que hasta el año 2013 es de 55 años de edad y a partir del 2014 es de 57 años para las mujeres, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 (fl. 47).

En escrito del 5 de octubre de 2017, Colpensiones le informó a la demandante que una vez verificada la documentación entregada por la actora, la información que se registra en las bases de datos y en la del SIAFP, se visualiza que figura traslado a una AFP, por lo que a la fecha no se encuentra afiliada a Colpensiones (fl. 50 y 51).

Ahora bien, de la norma anteriormente en cita, se desprende en primer lugar que para el caso en concreto, la señora FLORENCE SOLANGE BLANC DE CASTELBLANCO no es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que nació el día 5 de diciembre de 1966, por lo que cumpliría la edad de 57 años para obtener eventualmente el derecho a la pensión de vejez el 5 de diciembre de 2023, conforme se desprende de la copia de la cédula de extranjería vista a folio 23 del expediente, con lo que tuvo hasta el 5 de diciembre de 2013 (10 años atrás al cumplimiento de la edad de pensión) para solicitar el retorno al régimen de prima media.

Aclarado lo anterior, y de conformidad con el formulario de vinculación visto a folio 39 del plenario, se observa que la demandante solicitó retornar al régimen de prima media el **30 de octubre de 2003**, formulario que tiene sello de radicación No. 11019049, solicitud que fue resuelta por parte del ISS hoy Colpensiones, sin embargo fue en el entendido de ser rechazada bajo el argumento que se presentaba la causal "RCH NO AFILIADO".

Por otro lado, y contrario a lo afirmado por la recurrente, debe resaltarse que la demandante volvió a solicitar el retorno al RPM el **18 de noviembre de 2013** (fl. 42), sin embargo, dicha solicitud fue rechazada en segunda oportunidad por el extinto ISS, bajo el argumento que su estado actual de afiliación presentaba inconsistencias, por lo que no puede entenderse, como la apoderada de Porvenir lo quiere hacer ver, que ante la negativa del extinto ISS en su trámite de traslado de régimen, la demandante no realizó ninguna reclamación adicional, o que contrario a lo señala la apoderada, su permanencia en el RAIS ratifica su intención o voluntad de permanecer en dicho régimen pues como se ha visto de la documental mencionada, la parte demandante efectivamente solicitó en dos oportunidad, y dentro del término legal el traslado de régimen pensional, no obstante la administradora del régimen de prima media negó su solicitud, bajo argumentos que no son aceptables para ésta Sala de decisión, pues conforme el historial SIAFP expedido por ASOFONDOS, no cabe la menor duda que la demandante se encontraba afiliada al RAIS y que su intención era retornar al RAIS, dentro del término legal.

En suma, ambas solicitudes radicadas por la demandante fueron radicadas con anterioridad a los 10 años, previo a pensionarse, pues se reitera que tenía hasta el 5 de diciembre de 2013 para trasladarse de régimen si a bien lo tenía, pues cumpliría la edad de 57 años de edad el mismo día y mes del año 2023, y en ese sentido, y

sin mayores consideraciones, la Sala comparte la decisión de primera instancia, en consecuencia, habrá de declarar que el traslado de régimen de la demandante solicitado el **30 de octubre de 2003**, reiterado el **18 de noviembre de 2013**, se efectuó dentro del término legal y que el mismo no fue tramitado ni aceptado, por negligencia, así como la falta de observancia y cuidado de Colpensiones de admitir el traslado al régimen de prima media de la señora Florence Solange Blanca de Castelblanco, por lo tanto, las demandadas de manera conjunta debieron tramitar y aceptar el traslado solicitado al régimen de prima media por la aquí demandante.

Ahora, si bien la Sala no puede pasar por alto el formulario que obra a folio 214 del plenario, en el que la demandante solicita trasladarse a la AFP Porvenir SA el 1 de abril de 2004, lo cierto es que dicha solicitud no tiene vocación de prosperidad, pues conforme se indicó anteriormente, es válida la solicitud radicada por la demandante el 30 de octubre de 2003 a efectos de trasladarse al régimen de prima media, y en ese sentido, no habrían transcurrido el tiempo mínimo de permanencia a efectos de poder trasladarse nuevamente de régimen, por lo que dicho formulario no podrá producir efecto alguno, pues la solicitud en mención no cumple con los requisitos de permanencia mínima que establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y las peticiones que realizó en el año 2003 se allanan a todos los presupuestos legales.

Finalmente, en lo que respecta a los gastos de administración, objeto de inconformidad de la apelante, debe precisarse que la actora estuvo válidamente afiliada al RAIS con anterioridad al 30 de octubre de 2003, por lo que por disposición legal, las administradoras están facultadas para descontar los gastos de administración que reposan en la cuenta de ahorro individual de cada afiliada, por lo que es dinero que debería reposar en la cuenta de la demandante, y en consecuencia se ordenará devolver al régimen de prima media las cotizaciones efectivamente realizadas, junto con los gastos de administración, por ser parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que se impone su confirmación.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia, en el sentido de declarar que para todos los efectos a que haya lugar, la señora FLORENCE SOLANGE BLANC DE CASTELBLANCO se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones desde el 30 de octubre de 2003, fecha en que solicitó válidamente el traslado, y como consecuencia de lo anterior, declarar la ilegalidad del traslado al régimen de

ahorro individual solicitado el 1º de abril de 2009, **CONFIRMANDO** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de octubre de 2020 por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

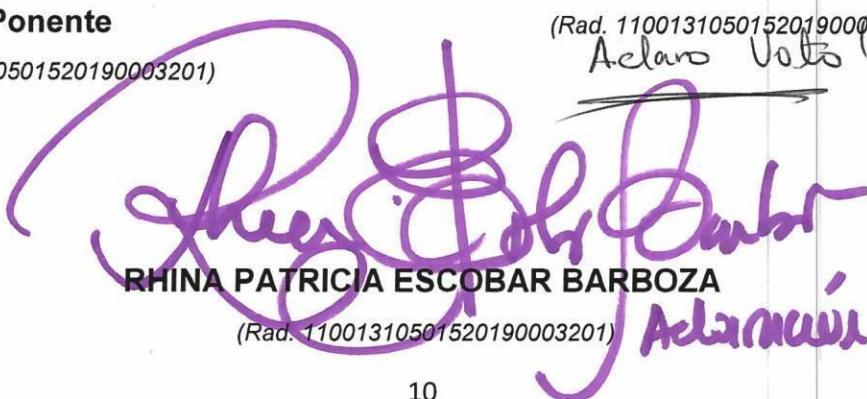
Ponente

(Rad. 11001310501520190003201)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520190003201)

Aclaro Voto


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501520190003201)

Aclaración de voto



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	FLORENCE SOLANGE BLANC DE CASTELBLANCO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105015201900032-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 37-2018-00445-02

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **ANGEL MARIA CHAPARRO CÁRDENAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: **APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y**
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 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 (folio 169 a 171) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ANGEL MARIA CHAPARRO CARDENAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 a 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

- La nulidad de la vinculación del señor ANGEL MARIA CHAPARRO CARDENAS al RAIS con la AFP Porvenir SA.
- Que la AFP PORVENIR SA debe ordenar el traslado del señor ANGEL MARIA CHAPARRO CARDENAS del RAIS al RPM.
- Que la AFP PORVENIR SA debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional del actor.
- Que la AFP PORVENIR SA debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales del demandante.
- Que Colpensiones debe aceptar la vinculación del actor en el RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- Que Colpensiones como consecuencia de la nulidad, debe aceptar al demandante en el RPM como si nunca se hubiera trasladado de régimen.
- Que la AFP PORVENIR SA debe reconocer y pagar la suma de 50 SLMLV de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional del demandante.
- Costas procesales.

CONDENAS:

- A la AFP PORVENIR SA a aceptar la nulidad de la vinculación del demandante al RAIS.
- A la AFP PORVENIR SA a ordenar el retorno del actor del RAIS al RPM.
- A la AFP PORVENIR SA a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional del actor.
- A la AFP PORVENIR SA a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales del demandante.
- A Colpensiones a aceptar el retorno del demandante al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- A Colpensiones como consecuencia de la nulidad, aceptar al actor en el RPM, como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
- A la AFP PORVENIR SA a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional del actor.

- Costas procesales.

Contestaron la demanda: PORVENIR SA (fls. 37 a 60), así como COLPENSIONES (fls. 99 a 114), de acuerdo al auto visible a folio 121. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 37° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que efectuó el demandante ANGEL MARIA CHAPARRO del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, que tuvo como fecha de suscripción el 12 de junio de 1998, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida del demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR SA a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con bonos pensionales, rendimientos financieros e igualmente costos cobrados por administración. **CONDENÓ** a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del señor ANGEL MARIA CHAPARRO, y a aceptar los valores que remita la AFP PORVENIR SA. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección SA, teniendo en cuenta que, las consideraciones que se expusieron en el fallo hace alusión a que no se puede hacer una aplicación automática a lo que ha dicho la jurisprudencia, porque precisamente se ha referido a que los casos anteriormente, se analizaba cada caso en concreto, y si bien el Juez refiere que precisamente lo que sucede es eso, que se está aplicando el fallo las citadas sentencias SL1458, 1688 y 1689 de 2019, pues si bien el actor señala que ninguna información le fue otorgada al momento del traslado, por lo mismo, la decisión que obedeció al traslado de régimen no estaba acorde con las leyes, y tampoco había sido suficiente para informarle la consecuencia del traslado, debe tenerse en cuenta es que la Corte ha dicho que esa información debe ser general y por lo mismo, cuando se accede en una sentencia judicial a declarar la ineficacia,

argumentando que la información que indicó el demandante frente a los cuadros o a la información de la mesada pensional que en el futuro podía llegar a tener en el RAIS, lo cierto es que ésta simple consideración tampoco se ajusta a la realidad al caso, pues si se habla de un traslado de 1998, pues como lo dijo el demandante, la mesada podía ser superior en Colpensiones, haya obedecido a que haya existido una omisión en la información, precisamente cuando se falla el proceso, 20 años después, la situación pensional del actor puede cambiar, y los aportes también, pero aun con ello, la información que se le proporcionó lo cual se puede corroborar con el interrogatorio, pues manifestó las condiciones de cada régimen y por lo tanto conocía las condiciones del traslado, y que estas mismas dependen de los aportes de un afiliado. En el mismo sentido, las implicaciones de un movimiento de un régimen a otro, debe estar sustentado, pero las normas vigentes al año 1998, no decía ninguna que el traslado debía hacerse una asesoría basada en proyecciones pensionales, por lo que al condenarse en este sentido, se está exigiendo requisitos que no estaban vigentes al momento del traslado.

En el evento en que se confirme la decisión, solicita se revoque la condena respecto de la orden de transferir a Colpensiones los valores de gastos de administración, pues los mismos se cobran en los dos regímenes, los gastos de administración, conforme la Ley 797 de 2003 dispone que no forman parte de los aportes a pensión, y señala el porcentaje que debe destinarse, lo que quiere decir que la devolución de los gastos de administración, debe corresponder a esa parte con el que el sistema se financia, ya sea Colpensiones o Porvenir, y si bien son cobrados, los mismos tienen una destinación específica que se refiere a la financiación del sistema, no para financiar la pensión de cada afiliado. Es por eso que al condenar a Porvenir a la devolución de los gastos de administración, más allá de ir en contra del principio de sostenibilidad financiera, el destino mismo que le ha dado la Ley y que ha sido explicada por la Superintendencia Financiera.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, al regresar al demandante al RPM se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, aunado al hecho que se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida, olvidando la primacía en derecho que el interés general prima sobre el particular, respecto de quienes realmente aportaron durante toda su vida laboral a Colpensiones, si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo a cargo de las administradoras, lo cierto es que los afiliados también tienen obligaciones que le

hace en calidad de ciudadanos, y es que precisamente esta información que extraña el demandante, se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento. Nótese que el descontento del demandante radica en su inconformidad respecto del monto final de la mesada pensional, punto en el cual debe tenerse en cuenta que el sistema de pensiones no tiene como fin mantener el equilibrio cuota – prestación, sino la debida atención en las contingencias en que se expone cada afiliado, en virtud del principio constitutivo, y no puede perderse de vista que el demandante brindó el consentimiento informado a la administradora privada, tanto así que se tiene por acreditado su capacidad, en calidad de afiliado lego, por lo que no procede la nulidad de ineficacia del traslado. En lo que tiene que ver con la situación de multivinculación que resalta el Despacho, debe partirse del hecho que el demandante debe salir como afiliado activo en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) ANGEL MARIA CHAPARRO CARDENAS el día 12 de junio de 1998; **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 12 de junio de 1998, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1998 (fl. 64), por lo que contrario a lo afirmado por la apoderada de Colpensiones, conforme historia de vinculaciones del SIAFP, se tiene por acreditado que actualmente el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda PORVENIR SA (fls. 37 a 60), así como COLPENSIONES (fls. 99 a 114). Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, resumen de historia laboral, reporte bono pensional, relación de aportes y comunicados de prensa. Colpensiones aportó expediente administrativo del actor.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de junio de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 12 de junio de 1998, el demandante tenía 541,29 semanas (fl. 25), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 15 de septiembre de 1954 fl. 32) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2016, 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, o en el evento 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 de Colpensiones.

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 12 de junio de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PORVENIR SA y COLPENSIONES; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado 37º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

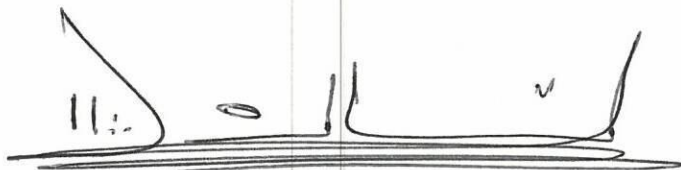
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

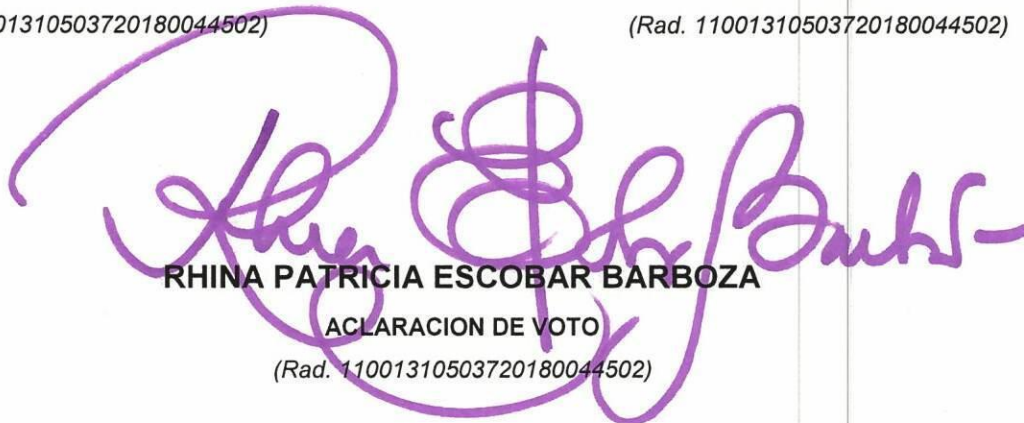
(Rad. 11001310503720180044502)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503720180044502)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503720180044502)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ÁNGEL MARÍA CHAPARRO CÁRDENEAS
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105037201800445-02
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 29-2019-00274-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: **APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //**
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folio 182 a 185) y Porvenir SA (folios 176 a 180) 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) BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 94 y 95 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- La nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO con la AFP PORVENIR SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
- Que las AFP PORVENIR SA y COLFONDOS SA no informaron a la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.
- La afiliación de la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO con la AFP PORVENIR SA y su posterior vinculación con COLFONDOS SA, ésta última entidad debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES del régimen de prima media con prestación definida.
- Que COLFONDOS SA debe enviar a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la administradora del régimen de prima media, todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
- Que COLPENSIONES debe aceptar a la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO, en el régimen de prima media con prestación definida.
- Que COLPENSIONES debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

- A COLFONDOS SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- A COLFONDOS SA a enviar a COLPENSIONES el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación de la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO.
- A COLPENSIONES a activar la afiliación de la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO en el régimen de prima media con prestación definida.
- A COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 130 a 134), COLFONDOS SA (fls. 128 a 144) y PORVENIR SA (fls. 158 a 163), de acuerdo al auto visible a folio 152. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO presentó reforma de la demanda, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 135 y 136 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- La nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO, por cuanto no existió una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
- La posterior vinculación con COLFONDOS SA, ésta última debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES.
- Que la señora BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO, es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, régimen pensional de los funcionarios de la rama judicial.

- Que COLFONDOS SA debe enviar a COLPENSIONES, todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de afiliación.
- Que las AFP COLFONDOS y PORVENIR SA, no informaron a la señora BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas y desventajas y riesgos de cada uno, de acuerdo con lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.
- Que COLPENSIONES, debe activar la afiliación de la señora BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO en el régimen de prima media con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación y aceptar y recibir el traslado de todos los aportes.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

- A COLFONDOS SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- A COLFONDOS SA a enviar a COLPENSIONES el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación de BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO.
- A COLPENSIONES, a activar la afiliación de BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO en el régimen de prima media con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, así como lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, régimen pensional de los funcionarios de la rama judicial. A
- A COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO.
- Costas procesales.

Contestaron la reforma de la demanda: COLPENSIONES (fls. 153 a 155), COLFONDOS SA (fls. 160 a 165), de acuerdo al auto visible a folio 169. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 3 de marzo de 2020 se dio por no contestada la demanda por parte de PORVENIR SA (fl. 169).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciera la señora BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO, ante la AFP Porvenir SA el 9 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 COLFONDOS SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante BLANCA HERMINA CASALLAS RIAÑO, 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 la sentencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir de COLFONDOS SA todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubiera causado y actualizar la historia laboral. Sin condena en **costas**.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PORVENIR SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se nieguen las pretensiones incoadas en la demanda, pues si bien a PORVENIR SA no lo condena, pues en este momento no tiene afiliada a la demandante, no contamos con los fondos de ella, pues fueron afiliados en su momento, quiero solicitar revocar en lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado realizado inicialmente por la actora a PORVENIR SA, pues no se encuentra conforme con lo manifestado por el Despacho, en el sentido que no se tiene en cuenta lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte y no lo toma como confesión, sin embargo la demandante claramente manifiesta la asesoría que si se le prestó y que su inconformidad obedece a razones personales, y si bien efectivamente se encontraba trabajando para el momento en que suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR SA, no realizó ninguna consulta adicional al asesor que la atendió, y es que desconoce el Juzgado que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento de carácter público y no se puede simplemente por el hecho del desinterés de la demandante, declarar la ineficacia de dicho traslado. En ese sentido, solicita se tenga en cuenta que la demandante realizó varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, y con ello, se entiende por ratificada la voluntad de mantenerse en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO el día 9 de septiembre de 1996; **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 (CAJANAL fl. 172), solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 9 de septiembre de 1996, con efectividad a partir del 10 de septiembre de 1996, posteriormente solicitó trasladarse a HORIZONTE SA el 14 de julio de 2000, efectiva a partir del 1º de septiembre de 2000 (fl. 170). Luego, solicitó afiliarse a la AFP COLFONDOS SA el 4 de octubre de 2004 (fl. 16 y 167).

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

para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 130 a 134), COLFONDOS SA (fls. 128 a 144) y PORVENIR SA (fls. 158 a 163). Colpensiones no aportó ningún elemento probatorio al plenario. Porvenir SA aportó: relación de aportes, historia de vinculaciones del SIAFP, formularios de afiliación (1996), comunicados de prensa, certificación de afiliación. Colfondos SA aportó: comunicados de prensa y Formulario de afiliación (2004).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de septiembre 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)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 9 de septiembre de 1996, el demandante tenía 812 semanas (fl. 24), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 19 de mayo de 1960, fl. 1) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo

hizo, en el año 2017 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene mas de 1.941,71 semanas – fl. 14 y 17 a 23), 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 siquiera igual a la de Colpensiones, 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, determinado 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.

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoptó la doctrina *“Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.”*

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 9 de septiembre de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502920190027401)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502920190027401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502920190027401)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL	
Demandante:	BLANCA HERMINIA CASALLAS RIAÑO	
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO	
Código Único de identificación:	110013105029201900274-01	
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA	

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 28-2019-00478-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintinueve (2021)

DEMANDANTE: JACQUELINE QUIJANO CERQUERA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACION 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 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre 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. 130 a 135) COLPENSIONES (folio 138 a 144) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) JACQUELINE QUIJANO CERQUERA 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 que COLFONDOS SA asesoró a JACQUELINE QUIJANO CERQUERA de manera errada e inadecuadamente sobre las reales circunstancias y desventajas que implicaban el traslado al RAIS, al trasladarla del ISS el 1º de enero de 2001.
- Declarar que COLFONDOS SA no le suministró información completa, verídica y comprensible a JACQUELINE QUIJANO CERQUERA antes de cumplir la edad de 47 años respecto del régimen pensional a elegir mas conveniente para ella.
- Declarar la nulidad del traslado al RAIS con la entidad COLFONDOS SA.
- Ordenar a COLFONDOS SA trasladar a JACQUELINE QUIJANO CERQUERA al RPM, los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones.
- Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la señora JACQUELINE QUIJANO CERQUERA al RPM administrado por esa entidad.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (folio 93 a 104) y COLFONDOS SA (fls. 71 a 91), de acuerdo al auto visible a folio 109. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de octubre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora JACQUELINE QUIJANO CERQUERA al RAIS con fecha 22 de noviembre de 1999, por intermedio de la AFP COLFONDOS SA, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP COLFONDOS SA a trasladar los aportes, cotizaciones, o bonos pensionales, con todos su frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora JACQUELINE QUIJANO CERQUERA a Colpensiones. **CONDENÓ** a Colpensiones

a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objeto de que sea revocada, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que el proceso fue estudiado bajo la ineficacia, y con el paso del tiempo, la parte actora nunca realizó ninguna manifestación respecto de su inconformidad de pertenecer al RAIS, pues se tiene una densidad de años que no denota una falencia o engaño o falta información o que sean contrarias al perfeccionamiento en el acto ineficaz, trayendo a colación el Art. 898 del C.Co y la sentencia 0413 de 2018.

Por otro lado, solicita se autoricen los perjuicios que se generen con el traslado a Colpensiones, e igualmente, solicita se remita la providencia al Ministerio de la Protección Social para imponer las sanciones que trata el Art. 271 de la Ley 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) JACQUELINE QUIJANO el día 22 de noviembre 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 COLFONDOS SA, el 22 de noviembre de 1999 (fl. 48).

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado 28° 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. 11001310502820190047801)


DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502820190047801)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502820190047801)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JACQUELINE QUIJANO CERQUERA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105028201900478-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2019-00680-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: **APELACION 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 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 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 la parte demandante (fls. 127 a 128), así como de Colpensiones (folio 118 a 123) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 58 Vto. y 59 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad y/o inexistencia de la vinculación al régimen de ahorro individual de JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO con COLFONDOS SA, toda vez que carece de toda validez por existir vicio en el consentimiento del afiliado.
- Declarar válida la voluntad de estar afiliados a COLPENSIONES.
- Ordenar a COLFONDOS SA, a trasladar todos los aportes, dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, intereses, cuotas de administración, póliza de seguros y demás descuentos realizados.
- Ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de régimen, los aportes, cotizaciones y rendimientos por parte de COLFONDOS SA, necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez y que la misma se mantuvo sin solución.
- Condenar a COLFONDOS SA a procesar y tramitar el traslado de régimen del demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones de forma inmediata.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 78 a 101), de acuerdo al auto visible a folio 108. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Respecto del allanamiento de las pretensiones por parte de la AFP COLFONDOS SA (fls. 77), mediante auto del 12 de agosto de 2020, el Juzgado de instancia señaló que en su oportunidad se tendría en cuenta al momento de proferir la respectiva sentencia (fl. 108).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS SA. **CONDENÓ** a COLFONDOS SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. **DECLARÓ** que el señor JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy Colpensiones. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de COLFONDOS SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, artículo 2º de la Ley 797 de 2007, le otorgó la posibilidad al afiliado de trasladarse de régimen de pensional, una vez permaneciera como mínimo 5 años en cada régimen escogido inicialmente, sin embargo, en razón del equilibrio en el sistema pensional, la misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para pensionarse; salvo los afiliados que acreditaran 15 años de servicio al 1º de abril de 1994, para quienes se les dio la oportunidad de retornar al régimen de prima media y recuperar el régimen de transición, esta limitación no es un simple capricho del legislador, sino que por el contrario, guarda sustento en la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, la cual guarda relación directa con la Constitución Política.

En consecuencia, todas las actuaciones de Colpensiones deben estar estrictamente ligadas a lo anteriormente dicho, por cuanto debe resaltarse el principio de sostenibilidad financiera, y de las disposiciones instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que son los que buscan proteger tal fin. En ese orden de ideas, el demandante eleva la solicitud de traslado al RPM administrado por Colpensiones el 13 de mayo de 2019, verificando que para dicha data contaba con 59 años de edad, concluyendo entonces que el actor había cumplido la edad requerida para cumplir el estatus de pensionado en el RPM, y al no contar con 15 años de cotización al 1 de abril de 1994, tal y como lo evidencia el reporte de semanas cotizadas, solo cotizó 330,85 semanas para dicha

data, no queda otra alternativa que la de concluir que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal.

Por otro lado, solicita tener en cuenta que dentro del interrogatorio de parte se pudo evidenciar que el demandante omitió su deber como consumidor financiero, esto es, la de informarse de las consecuencias que le traía trasladarse de régimen, y es solo hasta el 2019 que solicita retornar a Colpensiones, por lo que si hubiese sido un afiliado diligente, hubiera solicitado dentro del término el traslado de régimen, conforme el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no se trata afiliado lego que no conociera sus condiciones de afiliación y pensionado en el RAIS o RPM.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO el día 30 de enero de 1998; **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 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 COLFONDOS SA, el 30 de enero de 1998 (fl. 42).

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

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

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

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 78 a 101) aportó: reporte de historia laboral del demandante actualizada al 21 de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de enero de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)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 enero de 1998, el demandante tenía 504 semanas (fl. 96), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 29 de mayo de 1959 fl. 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2021, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado 1.212 semanas – fl. 28), 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, o en el evento 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 de Colpensiones.

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,

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, 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 30 de enero de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada COLPENSIONES; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310502320190068001)



DAVID A. J. CORREA STEER
ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502320190068001)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310502320190068001)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JORGE HERNANDO PINZÓN CASTIBLANCO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105023201900680-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 14-2018-00275-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACION 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 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls. 210 y 211), presentaron 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:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 103 y 104 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

- La existencia del vicio en el consentimiento de la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ, que la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación a cargo de la AFP COLFONDOS SA, fondo por el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS.
- La nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ, mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, con cargo a la AFP Colfondos.
- Que la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ continúe afiliada al RPM hoy administrada por Colpensiones.
- Que Colpensiones reciba en calidad de afiliada a la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ.
- Que la AFP Colfondos SA, siendo la administradora de fondos de pensión a la que la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ pertenece actualmente, realice la devolución de todos los aportes hechos al régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de esta AFP a Colpensiones.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

- A la AFP Colfondos SA, obligándola a efectuar nula o inválida el acta o formulario de afiliación, suscrito por la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ, mediante la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- A Colfondos SA, a realizar la devolución a Colpensiones, los aportes hechos por la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- A Colpensiones a recibir en calidad de afiliada a la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 130 a 143), así como COLFONDOS (fls. 176 a 184), de acuerdo al auto visible a folio 185. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 14° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado que hizo la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrador por Colfondos SA. **DECLARÓ** que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto que la demandante siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a Colfondos SA a trasladar el total de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por el extremo pasivo. **COSTAS** a cargo de la parte demandada en partes iguales por haber sido vencidas en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, como es sabido, el sistema general de pensiones ha dispuesto dos regímenes para que de acuerdo con las condiciones y beneficios que ofrece cada una de ellas, frente a las contingencias de invalidez, vejez y muerte, decidan acogerse al régimen de su conveniencia, dicho argumento se sustenta en los literales b y e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual dispone que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo en mención es libre y voluntaria, por parte del afiliado, que para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de su vinculación o del traslado, los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, en ese sentido, la demandante escogió de manera libre y voluntaria acogerse al RAIS, que una vez verificado su permanencia en el mismo, se concluye

en su criterio que fue de mayor conveniencia para dicha época, esto es, para el año 1996, indicando que la demandante solicitó el retorno al RPM, únicamente hasta el 22 de enero de 2018, al verificar el documento de identidad, se cuenta que para dicha data contaba con 53 años de edad, concluyendo que la actora se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal para poder trasladarse de régimen, consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, la demandante nació el 22 de abril de 1964, motivo por el cual quedó acreditado dentro del proceso que no es beneficiaria del régimen de transición, ni por edad, puesto que para el 1 de abril de 1994 contaba con 29 años de edad, y tampoco tenía 15 años de servicios para dicha data, por lo que no se vulneró ninguna expectativa de pensión con el mencionado traslado, trayendo a colación lo dispuesto en la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que establece que la nulidad del traslado solo opera cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición, y teniendo claro que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, queda descartada la nulidad deprecada, adicional a ello, la demandante permaneció afiliada al RAIS por más de 20 años, demostrándose que tenía ratificación de traslado y aceptación de las características del RAIS.

Aunado, debe resaltarse la imposibilidad de invertir la carga de la prueba, dadas la calidad de la demandante y el vigencia del Decreto 2241 de 2010.

También dentro del debate probatorio de primera instancia, quedó acreditado que la demandante suscribió el formulario de afiliación, de manera libre y sin presiones, sin que el mismo se hubiera tachado de falso y tampoco quedó demostrado que se hubiera acercado a las instalaciones de la AFP a las cuales permaneció afiliada, a evacuar preguntas sobre su futuro pensional, aunado al hecho que no estamos frente a un afiliado lego, en materia pensional, ya que las pruebas no se evidencian que la actora sea una persona que no tenga capacidad para tomar decisiones, máxime cuando para la época del traslado de la actora (1999), las AFP solo tenía la obligación de dar asesorías de manera verbal, dejando como soporte el formulario de afiliación, por lo que no es posible realizar una inversión de la carga de la prueba.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ el día 28 de marzo de 1996; **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 28 de marzo de 1996, con efectividad a partir del 1 de mayo de 1996 (fl. 162).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 130 a 143), así como COLFONDOS (fls. 176 a 184). Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Colfondos SA aportó: formulario de afiliación (1996), historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación de aportes, reporte de semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de marzo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de marzo de 1996, el demandante tenía 240,71 semanas (fl. 125), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 22 de abril de 1964, fl. 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2021 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1398,57 semanas – fl. 171), 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 para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MERCEDES YOLANDA QUITIAN MUÑOZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 28 de marzo de 1996.

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2020 por el Juzgado 14º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420180027501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501420180027501)

Aclaro Voto.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501420180027501)

Aclaración de voto



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MERCEDES QUITIAN MUÑOZ
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105014201800275-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA