



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2019-000125-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: SANDRA VARGAS TELLO  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA  
AFP OLD MUTUAL SA  
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 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 demandada demandante (fl. 25 a 27), Old Mutual SA (fls. 5 a 9), Porvenir SA (fls. 11 a 16), así como de Colpensiones (fl. 30 a 34) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

#### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) SANDRA VARGAS TELLO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

000000

21 JUN 11 AM 9:57

SECRETARÍA SALA LABORAL

AFP PORVENIR SA y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la señora SANDRA VARGAS TELLO, realizada en el mes de junio de 1994, al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, así como los traslados entre administradoras.
2. Declarar que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones de la señora SANDRA VARGAS TELLO es la efectuada al ISS hoy Colpensiones.
3. Ordenar a la AFP OLD MUTUAL SA, trasladar con destino a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la señora SANDRA VARGAS TELLO.
4. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 45 a 59), OLD MUTUAL SA (fls. 81 a 96) y PORVENIR SA (fls. 144 a 150), de acuerdo al auto visible a folio 162 y 163. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de septiembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas OLD MUTUAL SA, PORVENIR SA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por la señora SANDRA VARGAS TELLO. **EXCEPCIONES** dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que de las pruebas que reposan en el proceso, no se demostró mediante ningún elemento probatorio que para realizar el traslado de régimen, se le hubiese ofrecido a la demandante la explicación específica e implicaciones que conllevaba dicha decisión, tales como que sucedía en su caso específico, que iba a pasar con su pensión, las ventajas que podía perder al trasladarse al RAIS o las ventajas que podía tener al permanecer en el RPM, en efecto no existe prueba alguna del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras, ni siquiera un indicio del cual pueda inferirse el cumplimiento cabal de dicho deber, pese a tener a su cargo el deber de información, tal cual como prescribe la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993 y los Decretos reglamentarios que dicen que los fondos de pensiones son sujetos calificados que se caracterizan por cubrir los riesgos a la población de invalidez, vejez y muerte, no puede aducirse que se cumplió con el deber de información, que de forma genérica se encuentra en la Ley o con una asesoría de 30 minutos, en donde se aseguró que el ISS se acabaría y que estaba el riesgo de perder sus aportes, el cual en efecto no era cierto, es tal el desconocimiento de la demandante en el tema que después de tantos años de estar afiliada al RAIS ni siquiera tenía claridad que sus aportes se hicieron a una cuenta de ahorro individual, y las connotaciones que pudo corroborar ya estaba dentro de la prohibición de devolverse al RPM, no puede aducirse de manera alguna o endilgarse responsabilidad alguna a la actora, conforme el interrogatorio practicado, que es la demandante quien debe estar pendiente de informarse, porque como ha ratificado en múltiples sentencia la Corte Suprema de Justicia, la obligación, el deber de información reposa de manera principal en cabeza de los fondos, que tienen posición dominante, que cuentan precisamente con los recursos y el conocimiento idóneo en el tema. En la sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019, la CSJ precisa que ésta información debe ser clara, suficiente y oportuna, no puede de manera alguna la información que brindan genéricamente los fondos, no puede afirmarse enfáticamente que con una mera charla de 30 minutos, que la demandante contaba con los elementos de juicio para saber si le convenía o no la decisión además porque no se le hicieron proyecciones a futuro. Así mismo, señala que actualmente existe una clara línea jurisprudencial de la Corte Suprema

de Justicia que abogado de manera precisa y expresa por la ineficacia del traslado, que no se tratan de simples casos aislados, sino que es un precedente vinculante a todos, y no puede sustraerse de su obligación, toda vez que el fallo proferido desconoce de manera abierta y deliberada el precedente jurisprudencial, de conformidad con lo establecido la sentencia de tutela, un precedente se establece cuando el problema jurídico abordado en una sentencia son semejantes a los abordados en varios puntos, dicho de otro modo, una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional será precedente vertical vinculante y obligatorio cuando sea pertinente para resolver una cuestión jurídica, en este caso, a pesar de que el A Quo omitió las sentencias de la máxima autoridad, en la práctica ha omitido las reglas proferidas por la Corte Suprema de Justicia, haciendo caso omiso sus fallos, aquello que no expresaron o algo que es suficientemente claro.

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

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE SA (Hoy Porvenir SA) efectuado por el (la) señor (a) SANDRA VARGAS TELLO el día 27 de mayo de 1994; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP 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 HORIZONTE SA (Hoy Porvenir SA), el 27 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1 de junio de 1994 (fl. 151). Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP OLD MUTUAL SA el 22 de enero de 2009 (fl. 108).

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó la historia laboral de la demandante. OLD MUTUAL SA aportó: formulario de afiliación (2009), derecho de petición, respuesta a derecho de petición, historia laboral consolidada, estado de cuenta de Old Mutual SA, certificado de bono pensional. Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación de aportes, formulario de afiliación (1994), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 27 de mayo de 1994, el demandante tenía 435,57 semanas (fl. 65 y 66), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 25 de mayo de 1963, fl. 13) 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 2020 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1447,57 semanas – fl. 123), 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 Horizonte (hoy 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, 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 **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora SANDRA VARGAS TELLO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP

HORIZONTE (HOY PORVENIR SA) el 27 de mayo de 1994, y en consecuencia condenar a OLD MUTUAL SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandada.

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

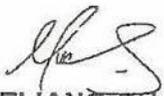
### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora SANDRA

VARGAS TELLO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE (HOY PORVENIR SA) el 27 de mayo de 1994, y en consecuencia condenar a OLD MUTUAL SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

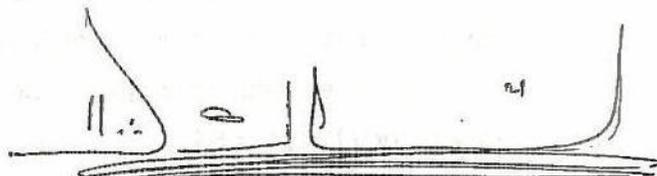
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

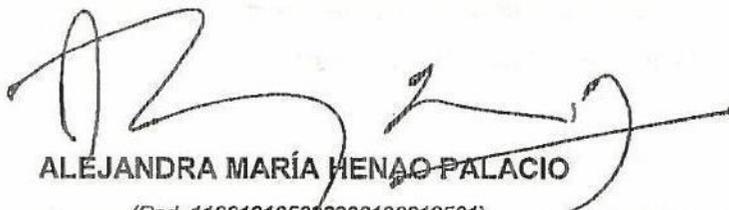
(Rad. 110013105038200190012501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 110013105038200190012501)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 110013105038200190012501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 07-2019-00023-01**

Bogotá D.C.; mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ**  
**DEMANDADOS: COLPENSIONES**  
**MINISTERIO PÚBLICO**  
**ASUNTO : GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de julio de 2020 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada (fls. 6 a 10) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 9 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2):

1. Condenar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 10 de febrero de 2001.
2. Condenar al reconocimiento y pago de la re-liquidación de la pensión de vejez, conforme el IBL obtenido con base al promedio de toda la vida laborada, desde el momento en que se le reconoció el derecho a la pensión, es decir, el 1 de marzo de 2001, debido a que es beneficiario del régimen de transición y cuenta con más 1250 semanas cotizadas.
3. Condenar a los valores retroactivos que resulten a deber por concepto de re-liquidación conforme a toda la historia laboral desde la fecha en que salió pensionado, es decir, el 1 de marzo de 2001.
4. Condenar el incremento de la pensión que ordena la Ley por tener a su cargo y cuidado a su cónyuge.
5. El valor de esos incrementos desde el momento en que se le concedió la pensión, es decir, el 1 de marzo de 2001.
6. Condenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no pago oportuno de las mesadas pensionales, al demorarse más de 4 meses en expedir el acto administrativo de reconocimiento.
7. La indexación de las condenas.
8. Costas procesales.

**COLPENSIONES** contestó la demanda (fls. 19 a 39), de acuerdo al auto visible a folio 45. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

El **MINISTERIO PÚBLICO** contestó la demanda (fls. 46 a 50), de acuerdo al auto visible a folio 51. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de julio de 2020, **DECLARÓ PROBADA** la excepción de COSA JUZGADA respecto de los incrementos pensionales y **PROBADA** la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN RECLAMADA, respecto de las demás pretensiones, excepciones propuestas por la demandada Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor **GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ**. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho a la suma de \$600.000.

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si el señor **GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ** tiene derecho al retroactivo pensional desde el 1 de febrero de 2001. **2.** Si tiene derecho a que se re-liquide la mesada pensional con el IBL de toda la vida laboral desde el 1 de marzo de 2001, como quiera que es beneficiario del régimen de transición y tiene más de 1250 semanas de cotización. **3.** Si tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo. **4.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **5.** Indexación.

### STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada ISS (hoy Colpensiones) le reconoció pensión de vejez a

favor del señor GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ mediante Resolución No. 015694 del 2 de julio de 2002, en virtud del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1 de marzo de 2001, en cuantía inicial de \$286.000 (fls. 9 y 10)

### **COSA JUZGADA:**

La Sala entrará a estudiar la excepción de **COSA JUZGADA**, la cual fue punto central de la contestación de la demanda presentada por Colpensiones, pues a su consideración en el presente asunto se acreditó la figura de cosa juzgada respecto del proceso 22-2011-599.

Pues bien, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, el fenómeno de la cosa juzgada como medio exceptivo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por uno de los mecanismos de solución establecidos constitucionalmente, como en este caso la Sentencia absolutoria. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser estricto, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores.

Es por lo anterior que en el artículo 303 del C.G.P. (Antes 332 del C.P.C.), aplicables al campo laboral en virtud del principio de la integración normativa, señalan como requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, **la identidad jurídica respecto del objeto, causa y partes intervinientes** en los dos procesos. Requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, para que la cosa juzgada pueda proponerse como excepción se requiere:

1. Que el nuevo proceso se instaure ulteriormente a la ejecutoria de la sentencia dictada en el primer proceso.
2. Que haya identidad jurídica de partes.
3. Que el objeto de la pretensión sea idéntico. Identidad que se encuentra en tres fuentes:
  - a) En las pretensiones de la demanda,
  - b) En la parte resolutive de la sentencia y,
  - c) En los hechos que sirvan de estribo a la demanda.

Es así que, para mantener el orden y la armonía que debe reinar en toda comunidad, los fallos de los jueces deben cumplirse inexorablemente, pues están acompañados de una presunción de verdad, a lo que se le da el nombre de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad y que en lenguaje jurídico se denomina cosa juzgada.

La cosa juzgada impide replantear las mismas pretensiones; la sentencia se vuelve inmutable, pues no puede ser modificada y es coercible, ya que si el afectado se niega a cumplirla, se puede obtener su cumplimiento mediante la fuerza, si fuere necesario, lo cual indica que las partes no pueden sustraerse a su cumplimiento.

Así las cosas, cabe traer a colación lo establecido en sentencia con radicación No 48295 del 29 de junio de 2016:

*(...) Para que se configure el fenómeno de cosa juzgada se debe acreditar la existencia de la triple identidad de partes, objeto y causa. Es así como esta Sala de la Corte, en decisión CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 39.366, reiterada en sentencias CSJ SL8658-2015 y CSJ SL7889-2015, expuso:*

*Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de 'definitividad' e 'inmutabilidad', que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y **seguridad jurídica sobre lo decidido.***

*Pero para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir,*

*necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.*

En efecto, al analizar la documental obrante en el expediente administrativo, reposa copia de la sentencia proferida dentro del proceso con el radicado No. 22-2012-599, donde fungió como demandante el señor GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ en contra de COLPENSIONES, en donde pretendía el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo, por su cónyuge, la señora Olga María Barrero de Muñoz, pretensiones que fueron negadas por haberse declarado la excepción de prescripción, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, resaltando que en dicha oportunidad se solicitaron los mismo testimonios que se solicitan en ésta sentencia, sin embargo el apoderado de la parte demandante desistió de la práctica de los mismos

Ahora bien, dentro del presente proceso se puede concluir que, la actora pretende dentro de otras cosas, que se declare que tiene derecho al incremento pensional por persona a cargo, por su cónyuge, la señora Olga María Barrero de Muñoz (fl. 2).

De conformidad con lo anterior, debe insistirse, que existe identidad jurídica de partes dentro del proceso con radicación No 2011-500 adelantado en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá con el presente proceso con radicación No 07-2019-023, pues ambos fueron instaurado por el señor GUILLERMO MUÑOZ GONZÁLEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Igualmente, existe identidad de objeto y causa, con respecto a las pretensiones de la demanda, por cuanto en primera medida, se advierte que en el primer proceso quedó definido que se negaba el reconocimiento del incremento pensional del 14% por persona a cargo, razón por la cual se concluye que existe identidad de objeto y de causa entre los procesos 2019-511 adelantado en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá con el presente proceso con radicación No 07-2019-023, y en ese orden de ideas, en nada afectaría el estudio que realizó el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** el NUMERAL PRIMERO de la decisión proferida en primera instancia, en el sentido

de **DECLARAR PROBADA** la excepción de COSA JUZGADA, respecto de la pretensión del incremento pensional del 14% por persona a cargo.

### **RELIQUIDACIÓN IBL PROMEDIO COTIZACIONES TODA LA VIDA:**

Ahora bien, en lo que atañe al IBL, la parte actora solicita que se aplique el promedio de lo devengado en toda la vida laboral, por ser éste el más favorable, y haber acreditado más de 1250 semanas de cotización.

En ese sentido, se hace necesario revisar la disposición contenida en el al Art 21 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

**ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación.** *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, **siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.***

Así pues, se procede a la verificación de semanas cotizadas a efectos de la reliquidación solicitada, señalando que una vez verificado la resolución reconocedora de la prestación (fls. 9 y 10), se logra establecer que el demandante acreditó un total de **1.137** semanas, situación que se colige igualmente del reporte de historia laboral que obra en el expediente digital del presente asunto, para lo cual se hace necesario traer a colación lo dispuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia con radicación No 54468 del 24 de junio de 2015:

*Como consideraciones de instancia, a más de las expresadas al estudiar el cargo, recuerda la Corte que en ningún caso el IBL de los afiliados al ISS, beneficiarios al régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se rige por las normas anteriores a esta disposición.*

*En efecto, el mencionado régimen de transición garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas y el monto de la prestación, entendiéndose por este último el monto porcentual de*

*la pensión. En esas condiciones, el ingreso base de liquidación se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993. Como quedo visto, en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100, empero, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, **calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.***

Así las cosas, la Sala comparte la decisión absolutoria de primera instancia, teniendo en cuenta que el Art. 21 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que se podrá verificar el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral del afiliado a efectos de determinar el IBL, únicamente en los casos en que el afiliado acredite como mínimo 1250 semanas cotizadas, situación que no se presenta en el caso de marras, razón por la cual, habrá de **CONFIRMARSE** la absolución en este punto de la decisión de primera instancia.

### **INTERESES MORATORIOS:**

Pues bien, no hay discusión que demandante es beneficiario del régimen de transición, establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y de conformidad con el artículo 20 de dicha normatividad la mesada pensional se liquidará inicialmente con el 45% con fundamento en 500 semanas cotizadas, y se aumentará el 3% por cada 50 semanas, sin que supere el 90% del salario mensual base.

Así pues, se observa que el demandante solicitó el día por primera vez el reconocimiento de la pensión de vejez la cual fue negada mediante Resolución No. 012420 del 25 de mayo de 2001, y posteriormente mediante Resolución No. 015694 del 2 de julio de 2002 fue reconocida la prestación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la entidad demandada propuso la **excepción de prescripción**, la Sala entrara a su estudio bajo los anteriores supuestos fácticos.

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. En el evento en estudio, por tratarse de prestaciones periódicas, no prescribe el derecho en sí mismo considerado, si no aquellas prestaciones causadas, sin que la beneficiaria hubiese procedido a la reclamación en el término prescriptivo dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por **una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del **02 de julio de 2002**, fecha de expedición de la resolución reconocedora del derecho (fl. 9 y 10), sin embargo, el actor solicitó el día **12 de septiembre de 2018** el reconocimiento de las pretensiones incoadas en la presente demanda (fl. 14), en tanto que radicó la presente demanda el día **15 de enero de 2019**, conforme se establece de la documental obrante a folios 15, concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo.

En ese orden de ideas, la Sala comparte la decisión de primera instancia en absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor GILBERTO ARDILA CASTIBLANCO, por lo que deberá **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en el presente proveído, esto es, **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada, respecto de los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.

#### **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 27 de julio de 2020 por el Juzgado 7º 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. 11001310500720190002301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 1001310500720190002301)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500720190002301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2019-00753-01**

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ANA ISABEL GOMEZ CORDOBA**

**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 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (fls. 114 a 117) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

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

1. Declarar la nulidad de traslado de Régimen que realizó la señora ANA ISABEL CORDOBA, el día 1 de septiembre de 1999, de Colpensiones a Porvenir SA.
2. Ordenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones, la totalidad de dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales a favor de ANA ISABEL CORDOBA.
3. Ordenar a Colpensiones realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 1 de septiembre de 1999m de Colpensiones a Porvenir SA de ANA ISABEL CORDOBA.
4. Ordenar a Colpensiones a recibir en esa administradora, sin solución de continuidad a la demandante ANA ISABEL CORDOBA.
5. Costas procesales.

Mediante auto del 10 de octubre de 2019, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá se declaró impedido (fl. 91), y en consecuencia, mediante auto del 4 de febrero de 2020, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, asumió el conocimiento del presente asunto (fl. 95).

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 56 a 60) y PORVENIR SA a través de Curador Ad – Litem (fls. 90), de acuerdo al auto visible a folio 95. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de diciembre de 2020, **DECLARÓ INEFICAZ** el traslado efectuado por la demandante ANA ISABEL CORDOBA al RAIS a partir de 1999, **CONDENÓ** a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **CONDENÓ** a Colpensiones a que acepte dicho traslado y

contabilice para efectos pensionales las mesadas cotizadas por la demandante. **DECLARO NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de la parte demandada Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$900.000.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que todos los procedimientos se surtieron conforme a la Ley, no se produjo ningún vicio en el consentimiento que invalide la decisión de la demandante de vincularse al RAIS, el hecho que se expliquen las diferencias entre los regímenes entre el RAIS y el RPM, como efectivamente existen, no puede interpretarse como un engaño del asesor, al contrario, ratifica la debida asesoría pensional, así mismo debe entenderse que por mandato legal que hace sosteniblemente el sistema pensional en los fondos pertenecientes al RAIS, la forma de calcular la pensión es diferente al RPM, la cual se calcula a partir de la consolidación de un capital, teniendo en cuenta las variables, como la edad de un pensionado, y el capital acumulado a la fecha del cálculo y la tasa de rentabilidad, es claro entonces que la demandante tomó una decisión informada y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación ante Porvenir, manifestando pleno conocimiento y consentimiento con el proceso de vinculación, pues como se ha manifestado, con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS y se reitera que hubo múltiples actuaciones que ratificaron la asesoría al momento de la afiliación.

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 Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) ANA ISABEL CORDOBA el día 1 de septiembre de 1999; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 1 de septiembre de 1999, conforme certificación expedida por la demandada Porvenir SA visible a folio 22 del expediente.

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 10° 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 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 recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó expediente administrativo la demandante. PORVENIR SA no aportó ningún documento probatorio, como quiera que fue representado por *Curador Ad – Litem*.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de septiembre de 1999, el demandante tenía 219 semanas (fl. 23), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 31 de octubre de 1966, fl. 121) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, en el año 2023 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene más de 1,196 semanas – fl. 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, 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 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, 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 ANA ISABEL GOMEZ CORDOBA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 1 de septiembre de 1999.

**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 PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado 26° 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. Fijense 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.

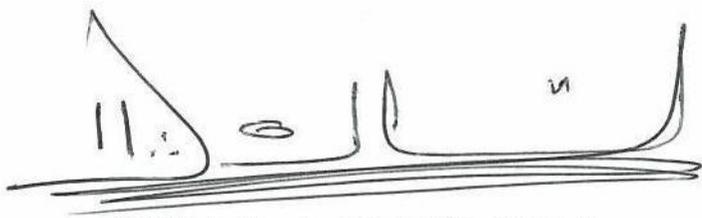
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502620190075301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502620190075301)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502620190075301)