



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2019-00733-01

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JAIME FERNANDO RUBIO MARTINEZ
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl. 195)

La parte demandada Colpensiones (fls 192) y AFP Porvenir S.A. (fls 183) y demandante (fls 207) presentaron 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(la) señor(a) Jaime Fernando Rubio Martínez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 46 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que no es válido y por ende es ineficaz el traslado realizado por el señor Jaime Fernando Rubio Martínez a través de formulario suscrito el día 9 de marzo de 1999, por medio del cual efectuó su afiliación al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A.
2. Como consecuencia, se declare que el señor Jaime Fernando Rubio Martínez continua válidamente afiliado al RPM hoy administrado por Colpensiones.
3. Ordenar a AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones, los valores consignados a la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre el 09 de marzo de 1999 a la fecha y/o hasta la fecha en que se efectuó su traslado.
4. Se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de AFP Porvenir S.A., con sus rendimientos correspondientes a nombre del señor Jaime Fernando Rubio Martínez, identificado con la c.c. No. 19.259.987 de Bogotá.
5. Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl 66-73) y Colpensiones (fl 106-114) de acuerdo al auto del 29 de noviembre de 2017. 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 16 de febrero de 2021, **ABSOLVIÓ** a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Y **CONDENÓ** en costas al demandante. Fijándose como agencias en derecho al demandante la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000).

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta recurso de apelación contra la decisión tomada principalmente porque el fallador asume que del análisis de las respuestas dadas por el señor Demandante dentro del presente proceso se deduce que recibió toda la información.

Manifiesta que la primera situación a tener en cuenta, es la presentada en marzo y mayo, o abril del año noventa, cuando de manera apresurada, se le brindo una charla, porque no se puede decir ni siquiera una asesoría, aproximadamente de 10 minutos, como quedó establecido, confundiendo con otra información de manera tergiversada en las preguntas de Colpensiones donde se dice que cuando el demandante cumplió 53 años, se le menciona sobre una cantidad de cuentas individuales, bonos de diferentes situaciones, pero todo muy diferentes a las planteadas en el momento de la afiliación.

Dice el apoderado que en el momento de la afiliación, solamente se le dijo que era dable y que podía pensionarse antes de la edad, pero eso no es una información requerida con las características de la misma sentencia 68852 del 02 de mayo de 2019 de la cual se hace referencia, expresa que está muy lejos de cumplir si quiera con la parte mínima de información, porque la información que se debe dar en estos caso es en el momento de la afiliación, porque ese es el momento, que es lo que se está discutiendo, si en ese momento se le dio la información suficiente, eficaz, comprensible y que abarcara todos estos riesgos, ventajas y desventajas que esta cuestión implicaba para su futuro.

Menciona que no se puede deducir que sí fue cuando tenía 53 años, se le dijeron otras cosas y entonces, que como el entiende, él no es una persona "*lego*". Aclara que el demandante trabaja en una cuestión de carros de mecánica, que no tiene absolutamente ningún conocimiento de derecho ni cuestiones financieras, entonces no puede deducirse esto. Manifiesta que no fue precisa la información, y que la misma sentencia que referencia dice que la información no puede ser genérica en ninguna manera, ni siquiera puede ser una clausula adhesiva, tiene que ser absolutamente comprensible y detallada, pero no se puede deducir en este momento, que en una charla de 10 minutos que dura llenando un formulario se alcanza a recibir una información detallada y calificada.

Fondo, se puede analizar a la luz del artículo 1502 del código civil, que exige el principio de lealtad y máxima transparencia para la información integral y, según dice, no se puede decir que es un equilibrio de un asesor experto y lego para tratar de decir que la persona que se afilio es "lego" y es experta, cuando la charla fue directamente en el taller de mecánica, no hay ninguna información que pueda decirse que en un momento de 5 minutos que de pronto haya sido la charla directa porque el resto fue llenando el formulario, en ese momento se le explico todo y él entendió todo y es una persona experta y es una persona que haya entendido la totalidad de lo que él asumía de su futuro pensional.

Finalmente dice que el hecho de que ya después se le hayan explicado cuestiones de bonos o cuentas individuales y todos estos tecnicismos y él haya respondido que a los 53 años entendió pero que ya no pudo regresarse, es imposible que eso sirva de fundamento y que eso satisfaga las exigencias de la honorable Corte Suprema de Justicia contenida esta sentencia sobre la calidad de la información.

Así de esa manera solicita se acceda a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se revoque la decisión proferida por el Despacho.

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) **Jaime Fernando Rubio Martinez** el día 9 de marzo de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado 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 9 de marzo de 1999, con efectividad a partir del 1º de mayo de 1999 (fl 76).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

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 el 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.

- 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 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 Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado de afiliación del demandante, copia formulario de afiliación AFP Porvenir S.A., certificado de asofondos SIAFP, copia bonos pensionales, copia resumen de historia laboral del ministerio de hacienda y crédito público, relación histórica de movimientos y aportes del demandante, edicto emplazatorio diario El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de marzo 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 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 marzo de 1999, el(la) demandante tenía 620 semanas (fl 24) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 24 de febrero de 1955 – (fl.2) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2017 en el RPM, (al 28 de febrero de 2017 había cotizado más de 1.533 semanas - (fl 24), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital , de manera tal, que para tener una mesada pensional siquiera igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios al RAIS, 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, 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

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 **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Jaime Fernando Rubio Martinez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el día 9 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1 de mayo de 1999 (fl 76), en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. 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 junto con los gastos de administración; y **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de

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 SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia, las de la primera a cargo de las demandadas y a favor del demandante

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 16 de febrero de 2021 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Jaime Fernando Rubio Martinez** de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la AFP Porvenir SA el día 09 de marzo de 1999 con fecha de efectividad de 1° de mayo de 1999, y en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. 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

Expediente: 11001310502620190073301

administración; 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 la primera a cargo de las demandadas y a favor del demandante

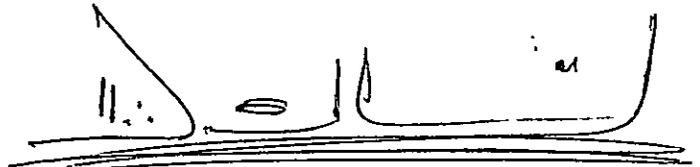
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

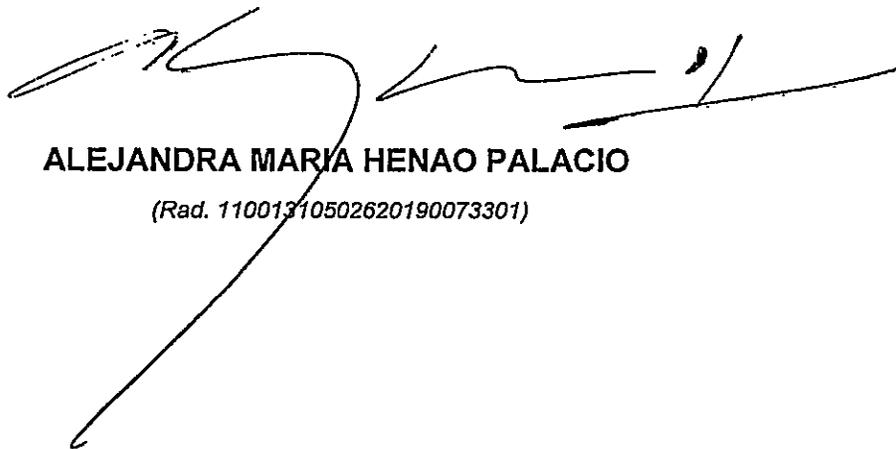
(Rad. 11001310502620190073301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502620190073301)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620190073301)