



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 09-2017-00679-01

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

DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA QUINTANA CASTILLO
DEMANDADOS: COLPENSIONES
PORVENIR SA
ASUNTO : APELACIÓN (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 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de noviembre 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. 278- 279), así como Colpensiones (fls. 295 a -297) y Porvenir SA (fls. 281 -289) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) GLORIA ESPERANZA QUINTANA CASTILLO instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, AFP Porvenir SA y el señor Guillermo Torres Calle, debidamente sustentada como aparece a folios 28 a 34 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que entre el señor Guillermo Torres Calle y la señora Gloria Esperanza Quintana Castillo existió relación laboral entre el 01 de marzo del 1994 hasta el 30 de abril de 1994,

2. Que se declare que la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones es quien debe realizar el cálculo actuarial para que el demandado Guillermo Torres Calle cancele los dos ciclos dejados de pagar por su ex trabajadora Gloria Esperanza Quintana Castillo ya que para dicha data la demandada estaba válidamente afiliada al antiguo instituto de seguridad seguros sociales ,
3. Que se declare que la AFP Porvenir SA debe realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos realizados por la demandante a Colpensiones, administradora de régimen de prima media con prestación definida por el cumplimiento de las sentencias C 1024/2004, C-789/2002 y SU 062/2010
4. Que se declare que la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe aceptar el regreso de la demandante en calidad de afiliada así como devolución de los saldos que realice AFP Porvenir SA con ocasión del traslado del RPM al RAIS.
5. Que se declare que la señora Gloria Esperanza Quintana Castillo cotizó al sistema más de 750 semanas al 1 de abril de 1994 lo cual le da derecho a regresar al RPM en cualquier época de conformidad con la sentencia de constitucionalidad Nos. C1024/2004, C789-2002 y la SU062/2010.

CONDENAS

1. Que se condene al señor Guillermo Torres Calle a cancelar los ciclos de marzo y abril de 1994 ante Colpensiones por la omisión del pago mientras duró la relación laboral con la demandante
2. Que se condene a la administradora colombiana Colpensiones a realizar el cálculo actuarial de los ciclos de marzo y abril de 1994 dejados de cancelar por el señor Guillermo Torres Calle por su ex trabajadora Gloria Esperanza Quintana Castillo
3. Que se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a aceptar el regreso de la demandante al Régimen de Prima Media con prestación definida restableciendo con este traslado todos los derechos establecidos en la ley 100 de 1993 en la RPM.
4. Que se condene a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aproximar de 748.29 semanas a 750 semanas de cotización al 1 de abril de 1994, cumpliendo de esta manera los requisitos establecidos en las diferentes sentencias de Constitucionalidad y sentencias de la honorable Corte Suprema de Justicia, especialmente SU 062/2010.
5. Que se condene en ultrapetita y extrapetita al demandado en el proceso según Art 50 del CPL
6. Que sean los demandados quienes deban pagar las costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda de acuerdo al auto del 10 de noviembre de 2017: Colpensiones (fls. 48 a 53) Porvenir SA (fls.97 a 103) y Protección SA (fls 145 a 152) vinculado al proceso como litisconsorte por solicitud expresa de apoderado de Porvenir SA como consta en fl.112 del expediente, otorgado por el Juzgado 9° laboral del circuito de Bogotá, Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de noviembre de 2020 **DECLARÓ** la existencia de un contrato de trabajo entre Gloria Esperanza Quintana Castillo y Guillermo Torres Calle que inició el 01 de marzo y finalizo del 30 de abril de 1994 en el que aquella se desempeñó como encuadernadora y devengó un salario de 98.700 **CONDENÓ** al señor Guillermo Torres Calle a cancelar a Porvenir SA y a su entera satisfacción, la reserva actuarial resultante de la falta de afiliación a pensiones de la demandante, desde el 01 de marzo de 1994 y hasta el 30 de abril de 1994 para lo cual se tendrá en cuenta un salario base de 98.700 y se precisa que el demandado deberá presentar la correspondiente solicitud al fondo de pensiones referido, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma establecida por dicho ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo. **DECLARÓ** probadas las excepciones de imposibilidad jurídica de efectuar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida e inexistencia de la obligación, respecto de Colpensiones, Porvenir y Protección. **ABSOLVIÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, La administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección SA, y a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantía Porvenir SA, de todas las pretensiones incoadas en su contra en el presente proceso por la señora Gloria Esperanza Quintana Castillo. **SE CONDENÓ EN COSTAS** al señor Guillermo Torres Calle por la suma de \$300.000 pesos COP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte Demandante:

La parte actora a través de su apoderado judicial sustenta recurso de apelación parcial por encontrarse inconforme parcialmente con la decisión, en especial con el tema del traslado del régimen de la demandante conforme a las sentencias C1024/2004, C789-2002 y la SU062/2010, este recurso de apelación lo argumenta en las sentencias de constitucionalidad, solicito que se le apliquen al caso en concreto, lo anterior dado que han dicho que al 01 de Abril de 1994 serían 750 semanas de tal manera que al pagarse por el demandado es decir el señor Guillermo Torres Calle los dos ciclos que adeudaba serían 756,86 semanas, por ende sería completar los requisitos constitucionales para poder regresar al régimen de prima media, sustenta el recurso en esos argumentos de derecho, para que se revoque el fallo parcialmente y se ordene y se autorice el traslado del RAIS al RPM.

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Análisis del traslado de régimen pensional:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la señora **Gloria Esperanza Quintana Castillo** tiene o no derecho a la devolución al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones del Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir SA, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante asegura tener las semanas de cotización exigidas incluyendo el tiempo trabajado para el señor Guillermo Torres Calle entre el 01 de marzo de 1994 al 30 de abril de 1994, según lo cual por jurisprudencia podría regresar en cualquier tiempo y conservar el régimen de transición.

No obstante, es preciso resaltar que para el caso en mención no es objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes ni a los extremos del mismo, ya que este hecho fue admitido por la parte demandada debidamente acreditado con las documentales aportadas por las partes específicamente la declaración extra juicio Nro. 3607 Notaría 18 del Circulo de Bogotá aportada al expediente fl 29, bajo la gravedad de juramento manifestó el demandado señor Guillermo Torres Calle y ratificó en el interrogatorio de parte del juzgado noveno laboral del circuito de Bogotá el 26 de noviembre de 2020 que entre el 01 de marzo de 1994 y el 30 de abril de 1994 existió un contrato con la demandante, a su vez reconoció la omisión en la obligación de cotizar al fondo de pensiones de la trabajadora Gloria Esperanza Quintana Castillo.

Para resolver la controversia, 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.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la señora Gloria Esperanza Quintana Castillo proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Solicitó trasladarse a ING el 09 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 01 de noviembre 1999, y luego se trasladó entre AFP de ING a Horizonte el 31 de agosto de 2001 con fecha de efectividad del 01 de octubre de 2001, para finalmente hacer solicitud de traslado de Horizonte a Porvenir SA el día 19 de marzo de 2002 con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2002 (fl. 68).

Así pues, revisada las pruebas documentales allegadas al plenario, obra que Colpensiones aportó expediente administrativo del demandante (reconocido por juzgado noveno laboral en fl. 59), así mismo, obra relación de aportes expedida por Porvenir SA, en la que da cuenta que la demandante se encuentra actualmente vinculada a dicho fondo de pensiones SIAFP (fl 68-69), Resumen de Historia laboral (fls.70 a 83) relación histórica de movimientos de Porvenir SA, relación de aportes a PORVENIR SA certificación de afiliación expedida por Porvenir SA con fecha de emisión del 09/04 /2018 , así como la relación del aporte probatorio del fondo PROTECCIÓN SA donde se adjuntó la solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección de fecha de 07 de septiembre de 1999 (fl 154) certificados de aportes devueltos (fl 155) SIAFP (fl 158) y concepto de la Superfinanciera de Colombia.

Ahora bien, la actora solicitó autorización de traslado al Seguro Social ISS (fl. 19, y 21), y derecho de petición a Colpensiones para que fuese trasladada del RAIS al RPM por cumplir los requisitos del régimen de transición (fl 26) siendo contestada por Porvenir SA mediante Oficio No 0200001070494800 (fl. 88), en el cual le indican: “ *el ISS radicó en Porvenir SA su solicitud de traslado de régimen pero al validar los requisitos para el traslado se estableció que no se acreditan al 1° de abril de 1994 los (15) años o más de cotizaciones, razón por la cual no es viable su solicitud de traslado de régimen*”. Posteriormente, se ve en el expediente y documentos aportados por la actora que mediante comunicación del 11 de febrero de 2016 (fl. 18), Colpensiones le informa al señor Guillermo Torres Calle empleador interesado en cancelar los aportes a pensión de su ex trabajadora que “...la solicitud

de autorización para el cálculo actuarial no ha sido aceptada, teniendo en cuenta que es Porvenir SA la administradora de Pensiones escogida en su oportunidad por el trabajador, por ende la encargada del respectivo cálculo actuarial, si hay lugar a ello, y recibir el pago correspondiente a satisfacción...”

En ese orden de ideas y siguiendo precedente jurisprudencial se establece que la señora Gloria Esperanza Quintana Castillo al momento de solicitar el traslado de régimen, esto es para volver al régimen de prima media con prestación definida, al computar los tiempos de servicios cotizados al ISS a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía 748,29 semanas (fl 44).

No obstante, se reconoció que la demandante laboró para el señor Guillermo Torres Calle, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1994 hasta el 30 de abril de 1994, teniendo en cuenta este periodo laborado tendría un total de 752,58 semanas al 01 de Abril de 1994, ahora bien, teniendo en cuenta el mes de abril sería un total de 756,86 semanas y tendría para la misma fecha 33 años, por lo tanto, la demandante no alcanzaría a cumplir la exigencia de 771,42 semanas equivalentes a los 15 años de servicio para poder trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS al régimen de prima media con prestación definida RPM, beneficio que contempla el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Razón por la cual en principio no procedería la solicitud de traslado de régimen.

En ese sentido, se aclara que la prohibición del traslado para quienes tuvieran menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1024 de 2010, 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.

En dicha providencia la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior.

Es menester resaltar que la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme en cuanto a que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad y deciden regresar posteriormente al régimen de prima media, recuperan los beneficios de dicho régimen siempre que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones tengan 15 o más años de servicios cotizados, sin que sea exigible el requisito de equivalencia de aportes, porque ha considerado que se trata de condicionamientos no contemplados por la ley.

Con referencia al equivalente de semanas según los 15 años de servicio y siguiendo 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, por ejemplo se ha reiterado en Sentencia SL 959 de 2019 que:

“... como requisitos para obtener los beneficios del régimen de transición, la edad o quince años de servicio cotizados. Frente a esta última exigencia, esta Corporación ya se ha pronunciado respecto de la métrica del cómputo de plazos para ser beneficiario de dicho régimen, y tiene establecido que 15 años de servicios equivalen a 771,42 semanas cotizadas, como acertadamente lo sostuvo el Tribunal y no las 750 que pretende la recurrente. ...”

La sentencia CSJ SL4795-2018, de manera pacífica y unánime decidió:

“...En torno a este último punto, importa a la Corte señalar que no es de recibo el argumento esgrimido por la recurrente de que como para la conservación del régimen de transición se fijaron 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ese solo hecho “nos lleva a inferir que 15 años de servicios cotizados equivalen a 750 semanas”, pues el cálculo efectuado por el Tribunal según el cual 15 años de servicios “equivalen a 771,42 semanas”, está acorde con la métrica que respecto al cómputo de los plazos previstos en la ley ha enseñado esta Corporación, en el sentido de que tales plazos no se miden por los días calendario, sino por términos uniformes de 7, 30 y 360 días, respectivamente, es decir, semanas, meses y anualidades. En efecto, así se pronunció la Corte en sentencia del 25 de marzo de 2015, radicado 53082:

(...) es indiscutible que los plazos previstos en la ley repudian la contabilización de términos sobre el único concepto de ‘día’, dado que los hay de otros órdenes, como son los de semanas, meses y años, con la

incidencia de que en tanto los de 'días' y de 'semanas' son por esencia uniformes --hablando de que los primeros siempre se cuentan en una unidad inferior de tiempo de 24 horas y las segundas de 7 días--, los meses y los años no lo son, dado que los meses lo pueden ser de 28, 29, 30 o 31 días y los años de 365 o 366 días. Tal divergencia se ha superado teniendo el término del mes como equivalente a 30 días, y por ende, el del año a 360 días (12 x 30)...."

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

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 en primera instancia

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

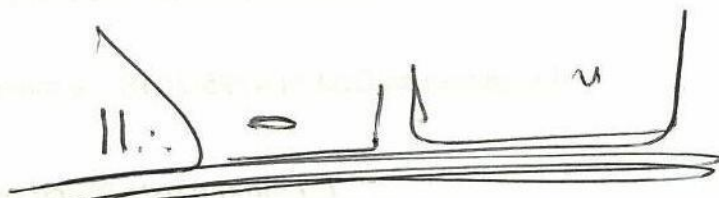
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500920170067901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500920170067901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500920170067901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2020-00040-01

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

DEMANDANTE: NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE //
RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA)// CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante y demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 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. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl147).

El apoderado de la parte demandante (fls. 129), así como y Protección SA (fl. 134) y Colpensiones (fl.140) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 5 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA al realizar el traslado del régimen pensional, en noviembre de 1998, omitió el deber que tienen las entidades financieras, de dar información veraz sobre las ventajas y desventajas al cambiar el régimen pensional, no hizo una asesoría integral, técnica ni profesional, asaltando la buena fe del afiliado, NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO, para que hubiese tomado una decisión autónoma y consiente.
2. Que se declare que el traslado pensional efectuado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA., al señor NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO, del régimen de prima media con prestación definida, del ISS hoy “COLPENSIONES”, al régimen de ahorro individual, no produce ningún efecto por estar viciado del consentimiento, con las consecuencias legales que ello implica, es decir la ineficacia de todos los demás traslados por el accionante en el régimen de ahorro individual.
3. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida, que administraba el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy “COLPENSIONES” al régimen de ahorro individual del señor NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO, realizado en noviembre de 1998 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA por falta de información clara y suficiente sobre los riesgos que acarrea el cambio de régimen.
4. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia debidamente ejecutoriada realice el traslado y el reintegro de los recursos económicos que se encuentran en poder de dicho fondo en la cuenta de ahorro individual del señor NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO, con todos los rendimientos y los aportes al fondo de garantía

mínima a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES".

5. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA para que reembolse el bono que había sido trasladado, debiendo hacer todos los trámites administrativos necesarios para el traslado de las cotizaciones, rendimientos e información con el fin de que sea efectivo el retorno automático al régimen de prima media con prestación definida.
6. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", aceptar sin dilaciones u oposición alguna los aportes trasladados del régimen de ahorro individual con solidaridad que le gire la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, convalidando en la historia del actor como afiliado activo al sistema general de pensiones, sin solución de continuidad desde el día 24 de julio de 1987.
7. Que el señor Juez en uso de sus facultades legales falle en ultra y extra petita.
8. Condénese en costas y agencias en derecho a las demandadas al tenor del artículo 635 del C.G.P.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: PORVENIR SA (fls.62-74) y COLPENSIONES (fls.88-91), de acuerdo al auto del 7 de Julio de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de Febrero de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación efectuada por el señor **NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO** y como consecuencia de lo anterior **ORDENO** a **PORVENIR** donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora de Prima Media es decir **COLPENSIONES**, y a esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual dada la consecuencia natural de esta ineficacia que se ordena conforme lo expuesto en la

parte motiva. **NO CONDENÓ EN COSTAS y ORDENA REMITIR EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Se solicita por la parte la revocación del punto de la condena en costas en la que fueron absueltas las demandadas. Se solicita la revocación de este punto ya que Porvenir y Colpensiones contestaron la demanda y presentaron oposición y es una de las razones según el Código General del Proceso por las cuales se debe condenar en costas a las demandadas. Manifiesta la apoderada de la parte actora que no hubo conciliación la cual sería la única oportunidad donde se dejarían de causar las costas. Manifiesta que en el caso se han causado desde la presentación de la demanda hasta el momento del fallo. Manifiesta que ampliara en el momento que se corra traslado y presente los alegatos de conclusión en la segunda instancia ante el honorable tribunal del distrito superior de Bogotá.

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:

Se Interpone recurso apelación teniendo en cuenta que las consideraciones adoptadas para declarar la ineficacia del traslado de régimen por el fallador se sustentan en los parámetros jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de su sala laboral en los diferentes pronunciamientos desde 2008 a la fecha, que han determinado realizar el examen referente al deber de información que le asiste a las administradoras, en ese sentido determinó el fallador no ser suficiente el formulario de afiliación para corroborar el suministro de información suficiente a la parte actora.

Manifiesta que no existe un criterio unificado referente a la ineficacia del traslado por parte de la sala laboral si se revisan las mismas aclaraciones de voto, por lo cual se determina que cada caso debe analizarse en particular respecto a los supuestos facticos que al momento del traslado se esgrimen. En ese entendido para el año 98 PORVENIR SA estaba en la obligación de mencionarle al demandante si al realizar el traslado había la pérdida de beneficios pensionales como lo podría ser que se beneficiaría de un régimen

de transición frente a esto manifiesta que el demandante no contaba con ninguna posibilidad de ser beneficiario de tal situación y por ende no se le genero ningún perjuicio a su situación pensional.

Teniendo en cuenta la misma naturaleza del RAIS que ha sido legalmente establecida y actualmente es vigente respecto a sus características, manifiesta que ningún aspecto infringió el deber de información al momento del traslado a PORVENIR SA, dicho lo anterior hace claridad que los supuestos jurisprudenciales son posteriores al momento del traslado de régimen y la aplicación del supuesto jurisprudencial no puede realizarse de manera retroactiva, entendiendo que la primera etapa del deber de información se cumplió al no considerarse desde un aspecto fáctico la afectación al demandante pues como anteriormente lo explica no era beneficiario de ninguna expectativa o beneficio pensional en el momento en que se trasladó de régimen.

La diferencia del monto en la mesada pensional, es la inconformidad y motivación del demandante para actualmente intentar trasladarse al RPM no es un criterio que conlleve a declarar la ineficacia del traslado en el entendido en que al momento de su traslado inicial de régimen no era una consecuencia claramente percibida, por ende se manifiesta que las implicaciones de su traslado estaban consagradas en la ley de público conocimiento, y que la parte actora podía constatar para lo referente a su situación pensional. Adicionalmente PORVENIR puso a disposición del demandante diferentes canales de información adicional relacionada con su situación pensional y solo fueron usados previo a la presentación de la demanda cuando ya se encontraba en curso la prohibición legal de traslado de régimen.

Manifiesta que PORVENIR SA frente a los requisitos legales cumplió con el deber de información y no afectó en ningún sentido en su momento el traslado frente a algún beneficio pensional al demandante, por ende no debió declararse la ineficacia del traslado mencionada en la parte considerativa y resolutive del fallo. Solicita absolver a fondo de las condenas en que fue incurso en la sentencia el fondo.

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) señora **NATALIO ANTONIO NIÑO** el día 14 de Octubre 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 consecuencialmente continúe afiliada al RPM. **3.** Costas Procesales.

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 14 de Octubre de 1998, con efectividad a partir del 1º de Diciembre de 1998 (FI.149 expediente digital página 12)

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 aportó el expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, formato de afiliación (1998), constancia de publicación diario El Tiempo y concepto de la Superfinanciera.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de Octubre 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 14 de octubre de 1998, el demandante tenía 705,29 semanas (fl. 34), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 11 de Septiembre de 1959 – fl. 15) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.622 semanas – fl. 34), 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 para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **NATALIO ANTONIO NIÑO ACERO** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 14 de Octubre de 1998

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 PRIMERA INSTANCIA:

La apoderada de la parte demandante presentó objeción en relación con la ausencia de condena en las costas de primera instancia, citando el Código General del Proceso, argumentando que, se debe condenar en costas a las demandadas ya que no hubo conciliación la cual sería la única oportunidad donde se dejarían de causar las costas.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de no fijar costas, ordinal 5 del art 365 C.G.P. “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a Colpensiones porque no tuvo injerencia en la decisión del demandante de pasarse a otro régimen, así como no decidió condenar en costas a Porvenir SA porque para la época no se exigía otra prueba para la información de afiliados sino la suscripción del formulario, la Sala encuentra adicional a esto que, el auto admisorio de la demanda tiene fecha de 07 de julio de 2020 y la audiencia de fallo fue el día 04 de febrero de 2021, surtiendo las etapas procesales de manera eficiente en el tiempo y con celeridad, máxime que por la situación de pandemia, todas las actuaciones se surten de manera virtual, por lo cual se trae a colación también el ordinal 8 del art 365 C.G.P. “ Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

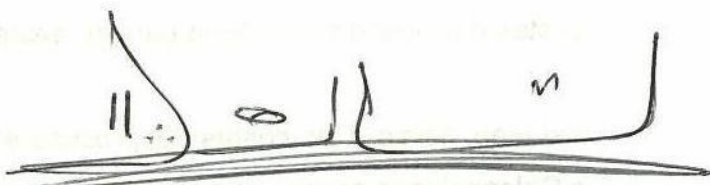
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

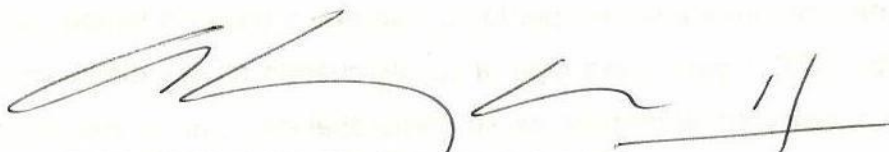
(Rad. 11001310501520200004001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520200004001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520200004001)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2019-00443-01

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

DEMANDANTE: FERNANDO ARIAS GAVIRIA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de Noviembre de 2020, 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. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado por correo electrónico a este despacho.

El apoderado de la parte demandante (fl. 201-202), así como Colpensiones (Fl. 208-211) 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) **FERNANDO ARIAS GAVIRIA** 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:

1. Se declare la nulidad de del traslado efectuado por el señor Fernando Arias Gaviria en el año 1995 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al señor Fernando Arias Gaviria en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
4. Que se condene extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: **COLPENSIONES** (fls.74) y **COLFONDOS SA** (fls.99) de acuerdo al auto del 28 de Agosto de 2019. **COLPENSIONES** se opone a las pretensiones del(a) demandante y propone excepciones de fondo, **COLFONDOS** se allana a las pretensiones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **FERNANDO ARIAS GAVIRIA** identificado con cedula de ciudadanía No. 13.844.222 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**. **ORDENÓ** a la demandada **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del señor **FERNANDO ARIAS GAVIRIA**. **ORDENÓ** a **COLPENSIONES** recibir dichos recursos, reactivar la afiliación del

señor demandante y acreditar estos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, especialmente en cuanto a que el demandante conserva el régimen de transición del cual es beneficiario, **NO CONDENÓ EN COSTAS**, se **DECLARÓ** no demostradas las excepciones propuestas por la demandada **COLPENSIONES** y **SOLICITA EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

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) señora **FERNANDO ARIAS GAVIRIA** el día 4 de mayo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP COLFONDOS SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 04 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1º de Junio de 1994 (fl 25 y fl 13)

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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 aportó el expediente administrativo del demandante. COLFONDOS SA se allano a las pretensiones de la demanda por lo que no aportó documentos.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de Marzo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 04 de Mayo de 1995, la demandante tenía 46 semanas (fl. 204 documento expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 22 de Marzo de 1957 – fl. 11) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar al año 2019 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.300 semanas –

fl. 53), 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 para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado del señor FERNANDO ARIAS

GAVIRIA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal manera que Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor FERNANDO ARIAS GAVIRIA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 4 de Mayo de 1995, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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 por estarse conociendo el grado jurisdiccional de Consulta.

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 09 de Noviembre de 2020 por el juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

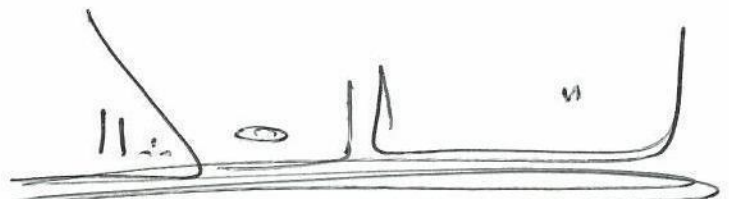
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520190044301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520190044301)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520190044301)