



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2019-00501-01

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

DEMANDANTE: CLAUDIO ALFONSO BOHORQUEZ CAICEDO

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls 306-307) demandada Colpensiones (fls.308-310) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Claudio Alfonso Bohórquez Caicedo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, 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 y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 25 de enero de 2000 el demandante Claudio Alfonso Bohorquez Caicedo, identificado con CC 19.296.965 de Bogotá, del ISS hoy Colpensiones a AFP Colfondos S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado al demandante, para convencerlo que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la HCSJ-Sala Casación laboral, mediante las sentencias reconocidas con los radicados N° 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de febrero de 2019, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019, y la SL 1688 del 8 de mayo de 2019.
2. Se ordene a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes, encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 25 de enero de 2000 por el demandante Claudio Alfonso Bohorquez Caicedo.
3. Se ordene a AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante.
4. Se ordene a Colpensiones, recibir en esa administradora sin solución de continuidad al demandante.
5. Se ordene a la demandada Colpensiones, una vez reciba los aportes del demandante de parte de Colfondos S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral del demandante.
6. Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida del demandante, fue la efectuada el 19 de noviembre de 1986 al RPM.
7. Se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones.
8. Se condene extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.120-136) y AFP Colfondos SA (fls.169), de acuerdo al auto del 29 de julio de 2019. Colpensiones se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. AFP Colfondos S.A. se allana a las pretensiones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que hiciere el actor Claudio Alfonso Bohorquez Caicedo al RAIS que administra AFP Colfondos S.A., para tenerlo válidamente afiliado a Colpensiones. **CONDENÓ** a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones. **ORDENÓ** a Colpensiones aceptar el traslado del demandante al RPM. **DECLARÓ** no probadas las demás excepciones propuestas por Colpensiones. **NO CONDENÓ** en costas, **CONCEDIÓ** en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que del interrogatorio de parte se puede establecer que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual, con el paso del tiempo, fue subsanado. Dice que no solamente por la voluntad plasmada en el formulario de afiliación, sino, por su vocación de permanecer en el régimen privado que se dio por un periodo que fue prolongado hasta cuando se presentó la demanda.

Pide que se tenga en cuenta que el demandante se ve inmerso en la prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente expresa que al permitir el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema en el sentido de que: de acuerdo con el reconocimiento pensional, en un régimen y otro varia, esto al trasladar los rendimientos financieros a Colpensiones, afectaría los intereses de la misma.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A. efectuado por el (la) señor **Claudio Alfonso Bohorquez Caicedo** el día 25 de enero de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 25 de marzo de 2000 (fl.82)

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

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

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

suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

3-Finalmente, 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 de la demandante. AFP Colfondos SA no aportó pruebas dado que se allano a las pretensiones de la demanda.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de enero de 2000, 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 25 de enero de 2000, la demandante tenía 381,81 semanas (fl.62) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 26 de junio de 1955 – fl 61) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado una vez cumpliera las semanas requeridas(la edad la cumplió en 2017 y actualmente ha cotizado más de 1166 semanas fl.83 y fl.62), 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 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A.

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

Ahora bien, es importante señalar, como se puede evidenciar a folios 62, que el demandante estuvo afiliado a una caja de previsión CAJANAL, por lo que ha de traerse a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la

que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó “Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resulto afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen a saber: artículos 52 y 28 de la ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.”

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 **Claudio Alfonso Bohorquez Caicedo** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A. el 25 de enero de 2000.

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:

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

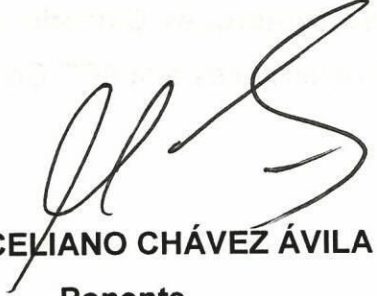
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2021 por el juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

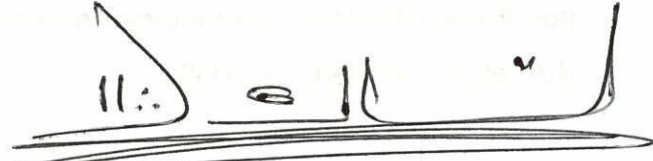
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500420190050101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500420190050101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420190050101)